

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

LARA ALVES OLIVEIRA

A APLICABILIDADE DAS ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS AO ATO INFRACIONAL

**FLORIANÓPOLIS
2014**

Lara Alves Oliveira

A aplicabilidade das escusas absolutórias ao ato infracional

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof^o. Dr. Alexandre Morais da Rosa

Florianópolis

2014



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada
Aplicabilidade das penas alternativas ao ato un-
fraudatório

elaborada pelo acadêmico

Diana Helena Oliveira

defendida nesta data e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10
(20), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE, bem como, pela Res. CNE/CES/09/2004.

Florianópolis, 30 / 06 /2014.

(nome do orientador)

Alexandre Nassis de Riva

(nome de um membro titular)

Ana Lú Librelato Lourenço

(nome do outro membro titular)

CELIANE SERRATINE GRUBBA

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à minha mãe, Alba, por oferecer todo o amor, carinho e incentivo necessários, se esforçando sempre para que a distância entre nós não passasse da geográfica. À ela, que por vezes também exerceu o papel de pai, o meu muito obrigada, amo você.

Agradeço à minha irmã, Juna, que é também meu pilar e melhor amiga, por ser a melhor companheira e conselheira que alguém pode ter.

Agradeço à minha família consanguínea, como um todo, por me proporcionar, desde a infância, os melhores exemplos de afeto, companheirismo e humildade. Em especial à Tia “Manim” e ao Tio Lourivaldo, sem sombra de dúvidas, meus segundos pais.

Agradeço, ainda, à minha família afetiva, Ângela, Cyro, Juliana e Roberto, pela acolhida no momento em que mais precisei. Vocês estão no meu coração e lhes serei eternamente grata.

Agradeço aos meus amigos e amigas, em especial àqueles do colégio, da faculdade e do terceiro ano, além das “Le Clér”, pela companhia, compreensão e incentivo não só nessa, mas durante toda a minha jornada. Sem as risadas e puxões de orelha de vocês, a vida certamente não seria tão boa.

Agradeço também ao meu namorado, Gabriel, pelo suporte incondicional nesse momento e por me mostrar uma forma de amor que eu, até então, não conhecia.

Agradeço à minha “chefe”, Analú, pela oportunidade oferecida, por despertar em mim a paixão pelo Direito Penal e por acreditar no meu potencial.

Por fim, agradeço ao meu orientador, Alexandre, sem o qual a concretização do presente trabalho não seria possível.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo investigar a possibilidade de aplicação das escusas absolutórias ao ato infracional, ante a omissão estatutária a respeito do tema e a existência de divergência doutrinária acerca da possibilidade do emprego de institutos típicos do Direito Penal ao Direito da Criança do Adolescente, conforme se admita a natureza jurídica da medida socioeducativa como protetiva, pedagógica, retributiva ou extrapenal. Por meio do método dedutivo, são analisados o conceito de culpabilidade mitigada, bem como a normativa e a principiologia internacional, constitucional e infraconstitucional, além das bases de um direito infracional mínimo ou garantista, sendo verificada a efetiva possibilidade. Para tanto, apresenta-se, inicialmente, a evolução histórica do tratamento dispensado às crianças e aos adolescentes bem como se conceitua o ato infracional e a medida socioeducativa, apontando as divergências existentes acerca da natureza jurídica da última. No segundo capítulo, são explanadas a teoria analítica do delito, segundo a concepção finalista, e as principais características e espécies de escusas absolutórias. Por fim, buscou-se perquirir acerca dos institutos que possibilitam a efetiva aplicação das escusas absolutórias ao ato infracional, bem como analisar as tendências seguidas pela jurisprudência pátria.

Palavras-chave: Ato infracional. Culpabilidade. Escusas absolutórias. Medida Socioeducativa. Proteção Integral.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 RESPONSABILIDADE JUVENIL: ATO INFRACIONAL	10
2.1 Breve panorama histórico	10
2.1.1 A fase da “absoluta indiferença”	10
2.1.2 A fase da “mera imputação criminal” e a Doutrina Penal do Menor	11
2.1.3 A “fase tutelar” e a Doutrina da Situação Irregular	15
2.1.4 A fase e a Doutrina da Proteção Integral	22
2.2 Ato infracional e medidas socioeducativas: definições	26
2.2.1 Medidas de proteção	27
2.2.2 Medidas socioeducativas e ato infracional	29
2.3 Superação do Direito Penal Juvenil	33
2.3.1 Natureza jurídica da medida socioeducativa	33
2.3.2 A medida socioeducativa como pena e o Direito Penal Juvenil (ou Especial)	35
2.3.3 A medida socioeducativa como medida judicial <i>strictu sensu</i> e a Responsabilização Estatutária	40
3 ESTRUTURA DO DELITO E ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS	45
3.1. Estrutura do delito: fato típico, antijurídico e culpável	45
3.1.1 Tipicidade	47
3.1.1.1 Conduta dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva	47
3.1.1.2 Resultado	49
3.1.1.3 Nexo de causalidade	49
3.1.1.4 Tipicidade em sentido estrito	50
3.1.2 Antijuridicidade (ilicitude)	51
3.1.3 Culpabilidade	53
3.1.3.1 Imputabilidade	53
3.1.3.2 Consciência potencial da ilicitude	55
3.1.3.3 Exigibilidade de conduta diversa	56
3.2 Teorias do delito: a superação do paradigma causalista	58
3.2.1 Teoria causalista (ou naturalista, ou causal-naturalista)	59
3.2.3 Teoria teleológica	61
3.2.3 Teoria finalista	62
3.3 Escusas absolutórias	64
3.3.1 Escusas absolutas (ou absolutórias, propriamente ditas)	68
3.3.2 Escusas relativas (ou processuais)	71
3.3.3 Ressalvas às escusas absolutas e relativas	72
4 A APLICABILIDADE DAS ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS AO ATO INFRACIONAL	75
4.1 A estrutura do ato infracional: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade (mitigada)	75
4.2 A aplicabilidade das escusas absolutórias ao ato infracional	80
4.3 Os posicionamentos jurisprudenciais	89
4.3.1 Favoráveis à aplicabilidade das escusas absolutórias ao ato infracional	89
4.3.1.1 Superior Tribunal de Justiça	90
4.3.1.2 Tribunal de Justiça de Santa Catarina	91
4.3.1.3 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	92

4.3.2 Contrários à aplicabilidade das escusas absolutórias ao ato infracional	94
4.3.2.1 Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.....	94
4.3.2.2 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte	95
4.3.2.3 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	96
4.3.2.4 Tribunal de Justiça de Santa Catarina.....	98
4.3.3 Tendências perceptíveis	99
5 CONCLUSÃO.....	102
REFERÊNCIAS	106

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende analisar a questão referente à aplicabilidade das escusas absolutórias ao ato infracional. Para tanto, será dividido em três capítulos, além de introdução e conclusão, bem como utilizará o método dedutivo e a técnica documental direta, que envolverá a pesquisa legislativa, e indireta, que abarcará a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

A escolha do tema se deu a partir da constatação de que, apesar de a sociedade diariamente presenciar a falência do sistema penal e perceber que, na prática, a responsabilização do adolescente vem tomando um rumo muito parecido, persistem os discursos que insistem em afastar a aplicação de determinados institutos que beneficiam o adolescente sob o pretexto de que isso concorrerá em seu próprio benefício.

É precisamente essa a hipótese das escusas absolutórias, uma vez que a inexistência de positivação acerca de sua aplicabilidade, ou não, ao ato infracional gerou grande controvérsia nos meios jurídicos.

Há quem defenda que as escusas absolutórias são inaplicáveis ao ato infracional, diante do caráter pedagógico e ressocializador das medidas socioeducativas. Em sentido contrário, há quem entenda pela sua aplicação, diante da carga retributiva própria do Direito Penal que as medidas socioeducativas também ostentam, razão pela qual devem ser assegurados aos adolescentes todos os direitos e garantias próprios desse ramo, sob pena de que recebam tratamento mais gravoso do que aquele dispensado à população adulta.

O primeiro capítulo abordará um breve retrospecto do desenvolvimento da dos direitos da criança e do adolescente, especialmente no que tange à responsabilização do último, bem como discorrerá sobre as Doutrinas que marcaram cada período. Abordará, ainda, a questão da diferença entre medidas protetivas e socioeducativas, indicando as hipóteses em que cada qual se mostra cabível, além de delinear o trâmite procedimental necessário à aplicação da última. Ao final, discorrer-se-á sobre a divergência que existe a respeito da natureza jurídica da medida socioeducativa e quais os possíveis reflexos práticos de cada posicionamento, conforme se defenda a autonomia do Direito da Criança do Adolescente ou a sua aproximação com o Direito Penal.

O capítulo seguinte deste estudo analisará a estrutura analítica do conceito de delito, discorrendo sobre as principais questões referentes a seus elementos, consistentes na tipicidade, na antijuridicidade e na culpabilidade, além de tecer algumas considerações acerca da punibilidade. Para tanto, serão apresentadas as principais teorias que versaram sobre o assunto, indicando porque a finalista prevalece para a maioria da doutrina brasileira. Ao final serão apresentadas as escusas absolutórias, analisando sua origem, natureza jurídica, efeitos, motivos que levarão à sua positivação e hipóteses específicas.

O último capítulo deste trabalho versará sobre a estrutura do ato infracional, comparando-a com àquela do delito, oportunidade em que também será sugerida a construção de um conceito de culpabilidade mitigada para o adolescente. Com base nesse conceito, analisa-se a possibilidade de aplicação das escusas absolutórias ao ato infracional. A questão também será abordada sob a ótica da principiologia e da normativa internacional, constitucional e estatutária e, bem assim, de uma interpretação de acordo com os parâmetros do direito infracional mínimo ou garantista.

Abordar-se-á no terceiro capítulo, ainda, as diferentes interpretações jurisprudenciais acerca da possibilidade, ou não, de aplicação das escusas absolutórias ao ato infracional, indicando as tendências prevalentes no direito pátrio.

2 RESPONSABILIDADE JUVENIL: ATO INFRACIONAL

2.1 Breve panorama histórico

Antes de se averiguar acerca da possibilidade da aplicação das escusas absolutórias ao ato infracional no vigente paradigma do Direito da Criança e do Adolescente, faz-se necessária a compreensão – ainda que de forma concisa – da transformação experimentada por esse ramo do Direito ao longo da história brasileira, notadamente no que tange à responsabilização infanto-juvenil.

Para tanto, serão abordados os principais diplomas nacionais e, subsidiariamente, os internacionais, pertinentes à temática – ou a sua inexistência –, bem como o pensamento doutrinário vigente à época de suas publicações.

Adotar-se-á a concepção de Paulo Afonso Garrido de Paula, segundo a qual a evolução histórica do tratamento jurídico dispensado à criança e ao adolescente no Brasil pode ser resumida em quatro fases, a saber:

a) fase da absoluta indiferença, em que não existiam normas relacionadas a essas pessoas; b) fase da mera imputação criminal, em que as leis tinham único propósito de coibir a prática de ilícitos por aquelas pessoas (Ordenações Afonsinas e Filipinas, Código Criminal do Império de 1830, Código Penal de 1890); c) fase tutelar, conferindo-se ao mundo adulto poderes para promover a integração sociofamiliar da criança, com tutela reflexa de seus interesses pessoais (Código Mello Mattos de 1927 e Código de Menores de 1979; e d) fase da proteção integral, em que as leis reconhecem direitos e garantias às crianças, considerando como uma pessoa em desenvolvimento. É, pois, na quarta fase que se insere a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990) (2002, p. 26, *apud* ROSSATO, 2010, p. 74).

De se notar que as fases mencionadas encontram correspondência nas linhas de fundamentação teórica comumente elencadas pelos juristas, quais sejam, a Doutrina Penal do Menor, a Doutrina da Situação Irregular e a Doutrina da Proteção Integral (PEREIRA, 2008, p. 12). Em termos temporais, como será demonstrado adiante, pode-se dizer que a Doutrina Penal do Menor corresponde ao período denominado de “mera imputação criminal”, enquanto a Doutrina da Situação Irregular equivale à “fase tutelar” e, por fim, a Doutrina da Proteção Integral à fase de mesmo nome.

Assim, por questões didáticas, passa-se à análise conjunta das mencionadas fases e doutrinas.

2.1.1 A fase da “absoluta indiferença”

Nos termos expostos alhures, a fase da “absoluta indiferença” compreende o período anterior às Ordenações Afonsinas, às Ordenações Filipinas e ao Código Criminal do Império de 1830,

no qual não existiam normas específicas direcionadas à responsabilização da criança e do adolescente ou a sua proteção.

Destaca Giuliano D’Andrea que “no período anterior ao descobrimento do Brasil os habitantes (índios) viviam em regime tribal, que seguia o ideal da coletividade e solidariedade, não havendo uma concreta divisão entre o jovem e o adulto” (2005, p. 19). Infere-se, pois, que muito embora os jovens indígenas usufríssem, via de regra, do mesmo tratamento experimentado pelos índios adultos, em regime de solidariedade, também lhe eram imputadas as mesmas sanções, sendo desconsiderada a sua condição de seres em desenvolvimento – até por conta das peculiaridades da cultura autóctone:

as civilizações indígenas castigavam suas crianças e adolescentes na mesma proporção e com os mesmos fundamentos dos castigos dos adultos. O Direito penal, àquela época, regia-se, quando não por regras consuetudinárias, pela lei do talião, isto é, com base na vingança privada, que muitas vezes dava ensejo a penas capitais e não personalíssimas. Os jovens eram punidos severamente para aprenderem a se comportar, nos moldes das condutas dos mais velhos (BARBOSA; SOUZA, 2013, p. 103).

2.1.2 A fase da “mera imputação criminal” e a Doutrina Penal do Menor

Com a chegada dos portugueses e com o início da efetiva colonização do país, dada a partir do ano de 1530, inicia-se o período historicamente conhecido como Brasil Colônia. Precisamente pelo fato de o Brasil consistir em mera colônia portuguesa é que não existia um ordenamento jurídico nacional consolidado, sendo aplicada a mesma legislação que vigia na metrópole, qual seja, as Ordenações do Reino.

Em razão disso, vigoraram no Brasil, até o ano de 1521, as Ordenações Afonsinas, as quais foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas que, por sua vez, antecederam as Ordenações Filipinas de 1603. Somente após a Proclamação da Independência do Brasil, em 07 de setembro 1822, é que foi promulgada a primeira legislação nacional na seara penal, consistente no Código Criminal do Império de 1830 (DUTRA, 2008, p. 06-07).

Tendo em vista o breve período transcorrido entre a chegada dos portugueses ao Brasil e a promulgação das Ordenações Manuelinas, no qual sequer havia iniciado o povoamento efetivo do país e quando praticamente inexistia aparato estatal capaz de assegurar a sua observância, tiveram as Ordenações Afonsinas aplicação muito reduzida (BRUNO, 2005, p. 99). De qualquer forma, não constava nos textos das Ordenações Afonsinas referências à responsabilização infanto-juvenil, sendo possível concluir que também era a mesma dispensada aos adultos. Igualmente, inexistiam normas específicas destinadas à sua proteção, a exceção das disposições relativas aos órfãos e seus bens (PORTUGAL, 2006, p. 203).

O mesmo se diz em relação às Ordenações Manuelinas que apenas disciplinaram "um tanto mais desenvolvidamente o regime, acrescentando à lei de D. Afonso III a regulamentação da tutoria dos ilegítimos e o destino dos menores¹, mas sempre na perspectiva da orfandade" (PORTUGAL, 2006, p. 203).

Muito embora semelhante às suas antecessoras no mencionado aspecto, as Ordenações Filipinas inovaram ao dispor expressamente acerca da responsabilização infanto-juvenil, no Livro V, Título XCCCV, denominado "*Quando os menores serão punidos por os delictos, que fizerem*".

Da leitura do dispositivo, extrai-se que aqueles com idade inferior a dezessete anos podiam, a critério do juiz, obter uma redução no quantum de sua sanção, sendo vedada, em qualquer caso, a imposição de pena de morte. A partir da idade retromencionada e abaixo de vinte e um anos, igualmente ficava ao arbítrio do julgador a imposição da pena total ou atenuada – observadas as características do delito – sendo, no entanto, permitida a aplicação da pena capital – caso não só as características do delito, como também da pessoa, assim o recomendassem. A partir dos vinte e um anos, era aplicada a pena em sua integralidade².

Essa "escala punitiva" leva a concluir que

o legislador daquela época ficou dividido entre os critérios biológico e psicológico, tendendo em muito adotar o critério psicológico, já que estabeleceu gradações para as punições conforme a idade do infrator³ ia avançando, considerando-o plenamente capaz para responder por seus atos somente a partir dos 20 (vinte) anos, admitindo-se, se preenchido o critério psicológico, a aplicação da pena de morte para infratores com idade inferior aos 20, mas nunca inferior à 17 (NETO, 2012, p. 33).

Já a partir do século XVIII, as Santas Casas de Misericórdia passaram a recolher os infantes em situação de desabrigo – mediante o pagamento de soma anual pelo governo – através do sistema que ficou conhecido como "Roda dos Expostos" (PEREIRA, 2008, p. 89-90), engendrado da seguinte maneira:

Consistia em um cilindro que tinha um de seus lados abertos e girava em torno de um eixo vertical. As mães e pais colocavam o seu filho nesta abertura e giravam, e,

¹ Reconhece-se a impropriedade do termo "menor" por remeter aos Códigos de Menores do século XX, nos quais a criança e o adolescente eram considerados pessoas incapazes e em situação irregular, o que não se coaduna com o atual paradigma da Proteção Integral. Assim, a expressão será utilizada sempre entre aspas e tão somente quando retratar a terminologia utilizada em determinado diploma ou empregada pelo autor a que se faz referência. Nesse ponto, vale destacar a lição de Eugenio Raúl Zaffaroni, segundo a qual "a evolução das terminologias significa uma evolução no pensamento, perceber o desgaste obtido ao longo dos anos por algumas palavras que contêm preconceitos embutidos é um dever profissional. Aqueles que afirmam ser inútil mudar a nomenclatura sem mudar a realidade e as políticas públicas, falta-lhes perceber a unidade das transformações sociais. Não existem diversos movimentos, mas um único processo, com várias frentes que catalisam umas às outras. [...] Modificar a linguagem não é um paliativo, um eufemismo. É um elemento indispensável para a conscientização e a ação concreta de todos na construção de uma sociedade mais justa (Kasahara, 2003, p. 42)" (2007, p. 26, apud SANTA CATARINA, 2008, p. 35).

² Na verdade, havia uma certa imprecisão quanto ao início da plena responsabilidade penal, uma vez que o dispositivo estabelecia que àqueles com idade superior a vinte anos completos era aplicada a mesma pena dispensada aos de idade superior a vinte e cinco anos sem, contudo, fazer referência a critérios distintivos passíveis de emprego nessa faixa etária (SILVA, C., 2004, p. 17).

³ Assim como ocorre com a expressão "menor", entende-se pela impropriedade da expressão "infrator" em virtude de rotular o adolescente por um ato, regra geral, isolado de sua vida.

do outro lado, uma instituição recolhia a criança, preservando assim o sigilo sobre a identidade dos pais. Entre os 13 e os 18 anos os “expostos” (como eram chamadas as crianças colocadas na roda) deveriam receber um salário das famílias que lhes permitisse trabalhar. Os que fossem devolvidos à Casa da Roda por mau comportamento seriam transferidos ou para o Arsenal de Guerra, ou para a Escola de Aprendizes de Marinheiros (fundada em 1873) ou para as Oficinas do Estado. As meninas tinham como destino o recolhimento das Órfãs, onde permaneciam até saírem, casadas (SANTA CATARINA, 2008, p. 18).

Após a Proclamação da Independência foi outorgada, em 25 de março de 1824, a Constituição Política do Império do Brasil que destinou normas de proteção específicas à população infanto-juvenil, limitando-se a determinar, em seu art. 179, inciso XVIII, que fosse criado, tão logo possível, um Código Criminal “fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade”.

Dessa feita, em 16 de dezembro de 1830, foi promulgado o Código Criminal do Império que preconizava que os sujeitos com idade inferior a quatorze anos eram, via de regra, inimputáveis (art. 10), salvo quando comprovado que obraram com discernimento – ou seja, que tinham consciência da ilicitude de sua conduta –, hipótese em que seriam recolhidos às Casas de Correção, até o limite de dezessete anos (art. 13). Possuindo entre quatorze e dezessete anos de idade, poderia o juiz, a seu critério, reduzir a pena em um terço (art. 18). De qualquer forma, contando com menos de vinte e um anos, servia a idade como circunstância atenuante da reprimenda, além de ser vedada a imposição a esses sujeitos da pena de galés, ou seja, de trabalho forçado (art. 45).

A extensão da faixa etária abrangida pela imputabilidade foi, ainda, restringida pela decisão proferida, em 23 de março de 1864, pelo Tribunal de Relação da Corte – instância superior à época – que deliberou que os sujeitos com idade inferior a sete anos não possuíam responsabilidade alguma, não estando sujeitos a processo (SILVA, C., 2004, p. 19).

Vê-se, pois, que o Código Criminal do Império adotou o Sistema do Discernimento, no qual “não se fazia presente, uma presunção absoluta de incapacidade criminal, sendo feita a devida análise casuística para infligir, ou não, uma pena àquele jovem criminoso que desrespeitou as previsões legislativas” (GARCIA, 2011. p. 28).

Pode-se dizer que o diploma apresentou um diminuto progresso em termos de proteção da infância e juventude, tendo em vista que havia previsão de que os jovens fossem conduzidos a estabelecimentos diferenciados que visassem sua correção. Isso porque não estava ainda em voga a discussão sobre a importância da educação estar em prevalência sobre a punição, o que só viria a acontecer no final do século XIX (SOARES, 2008, p. 15). Na prática, contudo, foram poucas as Casas de Correção criadas, de forma que os jovens continuaram a ser recolhidos nos estabelecimentos penais comuns, em conjunto com os adultos (JESUS, 2011 p. 35).

O próximo avanço legislativo notável, porém ainda bastante incipiente, no âmbito do Direito da Criança e Adolescente não se deu na esfera penal, mas sim com a edição da Lei n. 2.040 de 28 de setembro de 1871 – popularmente conhecida como Lei do Ventre Livre –, que determinou em seu art. 1º que “os filhos de mulher escrava, que nascerem no Império desde a data desta lei, serão considerados de condição livre”. Ocorre que os dispositivos subsequentes estabeleceram uma série de

restrições à liberdade, que não era concedida de forma imediata. Como se não bastasse, o desinteresse do Império em ver cumprida a lei – traduzido na quase que completa ausência de fiscalização – impossibilitou sua plena efetividade, de forma que a sorte dos filhos das escravas consistia, como regra, no abandono perante o sistema da Roda dos Expostos ou, até mesmo, o infanticídio (SOARES, 2008, p. 18-19).

Em 15 de novembro de 1889, é proclamada a República Brasileira e já em 11 de outubro de 1890 – ou seja, antes mesmo da promulgação da Constituição em 24 de fevereiro de 1981 – é instituído o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Muito embora constasse no preâmbulo do diploma a “urgente necessidade de reformar o regimen penal”, não é difícil notar que, mesmo após o transcurso de seis décadas, as disposições em muito pouco se distanciaram do código anterior.

Com efeito, a única mudança significativa foi a majoração da inimputabilidade absoluta dos sete para os nove anos (art. 27), sendo mantidas as demais disposições no que concerne ao critério biopsicológico do sistema de discernimento – apenas com a alteração do recolhimento em “Casas de Correção” para “Estabelecimento Disciplinares Industriais” (art. 30) – e hipóteses de redução da pena para os jovens entre quatorze e vinte e um anos (art. 42 e art. 65).

Por fim, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1981 foi totalmente omissa em relação à questão infanto-juvenil.

Do exposto até então, não é difícil perceber porque o período compreendido entre o início da colonização do Brasil e o despontar do período republicano foi denominado de “mera imputação criminal” e equivale à Doutrina Penal do Menor já que, durante aproximadamente quatrocentos anos, as normas vigentes no Brasil limitaram-se a diferenciar a população infanto-juvenil da adulta para efeitos quase que exclusivamente penais. “Não havia sido incutida na sociedade a mentalidade de que indivíduos não definitivamente formados mereciam um tratamento diferenciado, em razão das suas peculiaridades”⁴ (BARBOSA; SOUZA, 2013, p. 102).

Esse panorama, levou Tânia da Silva Pereira⁵ a concluir que a principal característica da Doutrina do Direito Penal do Menor é a aferição da imputabilidade da criança e do adolescente segundo a pesquisa de discernimento (2008, p. 13):

Ao juiz se atribuí a conclusão sobre se um impúbere era ou não capaz de dolo, e, para tal fim, levaria em conta a vida pregressa, seu modo de pensar, sua linguagem, não se justificando basear-se apenas numa razão, obrigando-o a pesquisar o conjunto dos elementos informadores (SIQUEIRA, 1979, p. 52, apud PEREIRA, 2008, p. 12).

Com base nesse contexto de omissão, pode-se apontar, ainda, outras características marcantes da Doutrina Penal do Menor, a saber:

⁴ A despeito da existência, no plano internacional, de movimentos que já repudiavam a pesquisa do discernimento e a imposição de medidas de caráter repressivo à população infanto-juvenil, em detrimento das de cunho educativo (PEREIRA, 2008, p. 13).

⁵ A autora, diversamente da visão ora adotada, entende que a Doutrina Penal do Menor está concentrada nos Códigos Penais de 1830 e 1890 e se estende até a promulgação do Código de Menores em 1979.

A criança era tratada como objeto de propriedade dos pais, sem qualquer proteção do Estado contra abusos e maus tratos da própria família. Não havia nenhum tipo de garantia legal que impedisse comportamentos abusivos dos pais em relação a seus filhos. Além disso, eram as crianças encaradas e tratadas como adultos pela sociedade no tocante às relações de trabalho (CARDOZO, 2011, p. 12).

2.1.3 A “fase tutelar” e a Doutrina da Situação Irregular

Ainda segundo a concepção de PAULA, a “fase tutelar”⁶ engloba o período compreendido entre o Código de Menores de 1927 e o Código de Menores de 1989.

O primeiro diploma cuja menção se faz necessária é a Lei n. 4.242 de 05 de janeiro de 1921 que, não obstante tratasse da “Despesa Geral da República dos Estados Unidos do Brasil para o exercício de 1921”, fixou a inimputabilidade penal absoluta aos quatorze anos, determinando que os indivíduos com idade inferior a essa não seriam submetidos a qualquer espécie de processo penal (art. 16, §3º). Rompeu o diploma, portanto, com a herança dos anteriores ao fixar um critério objetivo para aferição da imputabilidade, qual seja, a idade, em detrimento da pesquisa de discernimento (critério biopsicológico). Essa disposição foi mantida pelo Decreto n. 22.213, de 14 de dezembro de 1922 – Consolidação das Leis Penais – em seu art. 27, §1º (SILVA, 2008, p. 39).

Já a primeira legislação a tratar especificamente da população infanto-juvenil foi o Decreto n. 16.272, de 20 de dezembro de 1923, que preconizava sobre o “regulamento da assistência e proteção aos menores abandonados e delinquentes”. Lhe sucedeu o Decreto n. 5.083, de 1º de Dezembro de 1926, que instituiu o Código de Menores que “*cuidava dos infantes expostos e menores abandonados*” (AMIN, 2010. p. 06).

Ocorre que pouco tempo depois, em 12 de outubro de 1927, o último diploma foi substituído pelo Decreto n. 17.943-A – popularmente conhecido como Código Mello Mattos, em homenagem ao seu idealizador – que, repetindo as fórmulas dos decretos antecessores, consolidou as leis de “assistência e proteção ao menor”, assim considerado o indivíduo “abandonado” ou “delinquente” com menos de 18 anos, nos termos do art. 1º do diploma (SILVA, 2008, p. 35).

Em razão de o próprio código ter delimitado qual era o seu “público alvo” é que “o termo menor e criança começaram a ser diferenciados, sendo este destinado à população infanto-juvenil em situação de vulnerabilidade social e aquele à população infanto-juvenil incorporada na sociedade convencional” (CABRERA; WAGNER; FREITAS, 2006, p. 04), estigma esse que ainda perdura.

Com relação aos expostos – crianças de idade inferior a sete anos em situação de abandono (art. 14) –, o Código de Menores de 1927 determinou a extinção do Sistema de Rodas (art. 15) e seu acolhimento em instituições estatais destinadas a esse fim. Continuou, porém, a garantir o

⁶ A fase teve início a partir do chamado Movimento dos Reformadores, os quais foram movidos pela “profunda indignação moral decorrente da situação de promiscuidade do alojamento de maiores e menores nas mesmas instituições” (MÉNDEZ, 2000, *apud* SARAIVA, 2005, p. 18).

anonimato daquele que entregasse o infante (art. 16), determinando apenas que o responsável pelo recebimento demonstrasse "os inconvenientes do abandono, sem, todavia, fazer pressão, sob pena de demissão" (art. 18, §2º). As crianças, portanto, eram abandonadas ao bel prazer dos pais que, além de não receberem qualquer reprimenda, possuíam o direito de remanescerem incógnitos.

De outra banda, passou a ser prevista a hipótese de suspensão ou perda do poder familiar em hipóteses de negligência, maus-tratos e similares (Parte Geral, Capítulo V) e foi proibido qualquer tipo de trabalho àquele com idade inferior a doze anos (art. 101), bem como os noturnos e considerados perigosos ou fatigantes aos indivíduos com idade inferior a dezoito anos (art. 104).

Com relação aos “menores abandonados” – indivíduos com idade inferior a dezoito anos, em geral sem moradia, meios de subsistência ou expostos a situações de riscos (Parte Geral, Capítulo IV) – previa a lei uma série de medidas que lhes poderiam ser aplicadas, dentre elas a internação em hospital, asilo, instituto de educação, oficina, escola de preservação ou de reforma⁷ (art. 55, “b”). Na verdade, podia o juiz aplicar qualquer outra medida que lhe parecesse mais adequada (art. 55, “e”), sempre levando em conta a idade, instrução, profissão, saúde, abandono ou “perversão” do “menor”, bem como a situação social, moral e econômica dos por ele responsáveis. Os “abandonados”, “vadios”, “mendigos” e “libertinos” também eram sujeitos a determinadas medidas de “assistência” (art. 61 e art. 63).

Já com relação ao “menor delinquente” – autor ou cúmplice de fato qualificado como crime ou contravenção penal –, é possível notar que recebia tratamento diferenciado de acordo com a sua faixa etária, sendo abandonado o critério do discernimento adotado pelo Código Penal de 1890 (PEREIRA, 2008, p. 09).

Se possuísse abaixo de quatorze anos, não era submetido a qualquer espécie de processo penal (art. 68, *caput*), podendo ser confiado aos pais sob condições consideradas úteis pelo juiz (art. 68, §3º). Por outro lado, se fosse “abandonado”, “pervertido” ou estivesse em vias de sê-lo, seria alojado em estabelecimento especial de cunho “educacional”, até o limite de vinte e um anos de idade, ou entregue a pessoa considerada idônea (art. 68, §2º). Se possuísse entre quatorze e dezoito anos, seria submetido a um processo especial (art. 69, *caput*) e, ao final, recolhido à escola de reforma pelo prazo de um a cinco anos, ou, se considerado “abandonado” ou “pervertido” (art. 69), de três a sete anos. Caso possuísse entre dezesseis e dezoito anos e cometesse crime considerado grave por suas circunstâncias, bem como pelas condições pessoais do agente – “perigoso pelo seu estado de perversão moral” –, seria a pena reduzida em um terço e o jovem conduzido a um estabelecimento especial para “menores”.

Por fim, se possuísse entre dezoito a vinte e um anos, serviria a idade como circunstância atenuante da pena (art. 76), a qual seria cumprida também em estabelecimento apartado dos

⁷ As Escolas de Preservação tinham como fim a prevenção, enquanto as Escolas de Reforma visavam à punição, porém, apesar de ostentarem diferentes objetivos, na prática ambas se valiam da privação de liberdade compulsória, sempre sob o pretexto de “proteger” o “menor” (LIBERATI, 2006, p. 51).

condenados adultos (art. 77). Diferentemente, os “vadios”, “mendigos” e “capoeiras, compreendidos nessa faixa etária eram recolhidos à Colônia Correcional, pelo prazo de um a cinco anos.

Em qualquer caso, na existência dos mencionados estabelecimentos, poderia o jovem ser recolhido à prisão comum, desde que em compartimento separado dos adultos e obedecido o regime “disciplinar”/“educativo”, em vez do penitenciário (art. 87). Ao juiz, portanto se reservava o papel declarar a condição jurídica da criança e qual o amparo que deveria receber.

Do exposto não é difícil notar porque Andréa Rodrigues Amin considera que o Código de Menores de 1927 “foi uma lei que uniu Justiça e Assistência, união necessária para que o Juiz de Menores exercesse toda sua autoridade centralizadora, controladora e protecionista sobre a infância pobre, potencialmente perigosa” (2010, p. 06).

De outra banda, as primeiras referências à proteção da população infanto-juvenil em âmbito constitucional ocorreram com a promulgação da nova Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em 16 de julho de 1934 (NICKNICH, 2010, p. 78), que atribuiu à União, aos Estados e aos Municípios o dever de amparar a infância e proteger a juventude contra toda forma de exploração e abandono, seja de ordem física, moral ou intelectual (art. 138, “c” e “e”),

A constituição subsequente – outorgada apenas três anos depois e de cunho claramente autoritário –, determinou a competência da União para legislar sobre a proteção da saúde da criança (art.16, XXVII) e para fixar as bases de uma educação que obedecesse à formação física, intelectual e moral da infância e da juventude (art. 15, X). Merece maior destaque, porém, o art. 127 do diploma que estipulou que a população infanto-juvenil deveria ser “objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades”. Ainda, previu especificamente que o Estado era responsável pelo auxílio na subsistência da população infanto-juvenil cujos responsáveis fossem hipossuficientes, bem como daquela em situação de abandono moral, intelectual ou físico.

Não obstante a aparente situação de cuidado e preocupação para com população infanto-juvenil, os traços autoritários podem ser claramente notados no art. 132 que estabelecia que o Estado deveria fundar instituições, ou auxiliar em sua criação, destinadas a organizar períodos de trabalho anual em campos e oficinas, “assim como promover-lhe a disciplina moral e o adestramento físico, de maneira a prepará-la ao cumprimento, dos seus deveres para com a economia e a defesa da Nação”.

Como se não bastasse, “muito semelhante ao que hoje observamos, a proteção e o ‘conforto indispensável à preservação física e moral’ não passaram de letra morta, tendo em vista o triste desenrolar histórico das instituições criadas com a finalidade de atender ao artigo 127” (SANTA CATARINA, 2008, p. 21), adiante explicitadas.

O Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, ou simplesmente Código Penal, por sua vez, extinguiu as diferenciações de tratamento de acordo com a faixa etária, fixando a imputabilidade penal em dezoito anos (art. 23) – critério esse que permanece até a atualidade – e remetendo o trato dos indivíduos com idade inferior a essa à legislação ordinária. Manteve, por outro

lado, a circunstância de o agente possuir idade entre dezoito e vinte e um anos, ao tempo da infração, como circunstância atenuante da pena (art. 16, I).

Assim, em 24 de novembro de 1943, foi editado o Decreto-Lei n. 6.026 que dispôs “sobre as medidas aplicáveis aos menores de 18 anos pela prática de fatos considerados infrações penais” (PACHI, 1998, p. 179).

Aos com idade inferior a quatorze anos, eram aplicadas medidas de “assistência e proteção”, de acordo com as circunstâncias do fato e as condições do agente (art. 3º). Se possuísse entre quatorze e dezoito anos e fosse considerado “não-perigoso”, o jovem era confiado ao responsável – ou a quem assumisse sua guarda –, ou internado em estabelecimento profissional ou de “reeducação” (art. 2º, “a”). O que possuísse essa mesma faixa-etária mas fosse considerado “perigoso”, era internado em “estabelecimento adequado”, ou “seção especial” do estabelecimento prisional comum, até a cessação dessa “condição” (art. 2º, “b”). Em qualquer caso, era levada em conta a personalidade do jovem para a individualização do tratamento e da “educação” (art. 10).

Dois anos depois, é criado pelo Decreto-Lei n. 3.779/41 – cuja competência foi posteriormente redefinida pelo Decreto-Lei n. 6.865 de 1944 – o Serviço de Assistência a Menores – SAM, um órgão do Ministério da Justiça e Negócios Interiores cujo objetivo era, dentre outros, “sistematizar e orientar os serviços de assistência a menores desvalidos e delinquentes, internados em estabelecimentos oficiais e particulares” (art. 2º, “a”).

Na prática, porém, o SAM adquiriu caráter estritamente correccional:

[..] funcionava como um equivalente do Sistema Penitenciário para a população menor de idade. A orientação do SAM é, antes de tudo, correccional-repressiva, e seu sistema se baseava em internatos (reformatórios e casas de correção) para adolescentes autores de infração penal e de patronatos agrícolas e escolas de aprendizagem de ofícios urbanos para os menores carentes e abandonados (GOMES DACOSTA, 1991, p. 14, *apud* SARAIVA, 2005, p. 43).

Andréa Rodrigues Amin acrescenta que a prevalência do regime de internações em detrimento da preservação dos vínculos familiares é justamente o que caracteriza esse momento histórico, cuja justificativa era a pretensão de “reformatar” o “menor”, amoldando-o às pretensões do Estado. A autora prossegue explicando que, além de não alcançar os objetivos a que inicialmente se propôs – chegando mesmo a distorcê-los, como se viu – o desvio de verbas, a superlotação das instituições e o ensino precário foram fatores que contribuíram para seu declínio e extinção (2010, p. 07).

Sucederam ao SAM a FUNABEM e as FEBENS, ou seja, as Fundações do Bem-Estar do Menor, respectivamente em âmbito nacional e estadual, órgãos gestores e executores da Política Nacional do Bem-Estar do Menor, instituída pela Lei n. 4.513, de 1º de dezembro de 1964. Muito embora sua proposta declarada fosse a de substituir a cultura repressiva e segregacionista instaurada no sistema anterior, substituindo-a por programas de cunho assistencial e educacional (PEREIRA, 2008, p. 11), as mencionadas instituições não permaneceram imunes às influências do então vigente

regime militar, servindo, na realidade, como mais um de seus instrumentos de controle (VERONESE, 1999, p. 35).

Com efeito, foi essa mais uma política de cunho imediatista uma vez que se fossem “identificadas crianças e adolescentes problemáticos, seria ativada a estrutura de prevenção e controle para ajustá-los ao meio, independentemente dos métodos utilizados, ou seja, de natureza preventiva, repressiva ou punitiva” (NICKNICH, 2010, p. 80).

Tal qual como ocorreu com o SAM, a atuação das Fundações foi conduzida “através de programas indefinidos, marcados por irregularidades e mesmo regimes carcerários de internação” (PEREIRA, 2008, p. 11). Tal fato, levou Josiane Petry Rose Verose a concluir pela ineficácia de ambos os sistemas:

No entanto esses dois instrumentos de controle social não foram eficientes, haja vista o crescente número de crianças marginalizadas e a incapacidade de proporcionar qualquer espécie de reeducação. A metodologia aplicada pelas instituições de educação e reclusão, em vez de socializar a criança e o adolescente, massificava-os, e, dessa forma, em vez de criar estruturas sólidas nos planos psicológico, biológico e social, afastava esse ‘chamado menor em situação irregular’ definitivamente da vida comunitária (1999, p. 96, *apud* SANTA CATARINA, 2008, p. 22).

As Constituições de 1946 e 1967 praticamente não inovaram em termos de proteção da infância e da juventude. Na verdade, reduziram o número de dispositivos referentes à temática, relegando à lei ordinária a regulação da assistência à infância e à adolescência (art. 164 e art. 167, §4º, respectivamente) e estabeleceram determinadas proibições ao trabalho infanto-juvenil (art. 159, IX e art. 158, X, respectivamente).

Em 10 de abril de 1967, a Lei n. 5.258 dispôs em seu art. 1º que os indivíduos com idade inferior a quatorze anos que praticassem fatos definidos como infrações penais ficariam sujeitos a “medidas de proteção, assistência, vigilância e reeducação de acordo com sua personalidade e a natureza, os motivos e as circunstâncias do fato”. Os que tivessem idade entre quatorze e dezoito anos poderiam ser entregues aos pais ou internados em estabelecimentos destinados à reeducação, se o fato não fosse apenado com pena de reclusão (art. 2º, “a”). Caso contrário, o encaminhamento cabível era a internação (art. 2º, “b”). De qualquer forma, o artigo 9º determinava que fosse observada em todos os casos a personalidade do “menor”.

Contudo, em virtude de sua rigidez na fixação das penas, esse diploma logo foi modificado pela Lei n. 5.439, de 22 de maio de 1968, a qual revigorou o sistema do Decreto n. 6.026/43 (LIBERATI, 2006 p. 46), mas não sem devolver ao Juiz “o direito de aplicar a medida em função da personalidade do menor e não do crime que praticou” (PACHI, 1998, p. 180).

A Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, editou o texto da Constituição Federal de 1967 – razão pela qual, na prática, é considerada uma nova Constituição – mas manteve as exatas disposições de sua antecessora no que tange à população infanto-juvenil (art. 175, §4º e art. 165, inciso X).

Já em 10 de outubro de 1979⁸, com a edição da Lei n. 6.697, é instituído o novo Código Menores, diploma esse que vigorou até a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Segundo Andréa Rodrigues Amin, a codificação não foi inovadora, tendo em vista que manteve a “tônica da segregação” e consolidou a Doutrina da Situação Irregular (2010, p. 13).

A definição da situação considerada irregular vinha descrita no art. 2º do diploma e abarcava, basicamente, a criança e o adolescente: a) privados de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução (inciso I); b) vítimas de maus-tratos (inciso II); c) em perigo moral por se encontrar em ambiente ou explorando atividades contrárias aos “bons-costumes” (inciso III); d) privado de representação ou assistência legal (inciso IV); e) com “desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária” (inciso V); e f) autor de infração penal (inciso VI).

A principal falha da legislação foi, portanto, a continuidade da confusão conceitual entre carência e delinquência (SILVA, 2008, p. 38). Entendia-se que o abandono moral ou material era um passo para a criminalidade (PEREIRA, 2008, p. 14), razão pela qual um único conjunto de medidas era destinado, indiferentemente, às pessoas com idade inferior a dezoito anos de idade, fossem elas autoras de ato infracional, carentes ou abandonadas (CABRERA; WAGNER; FREITAS, 2006, p. 05).

Eram espécies dessas medidas: a) a advertência; b) a entrega aos pais ou responsável, ou à pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade; c) a colocação em lar substituto; d) a imposição do regime de liberdade assistida; e) a colocação em casa de semiliberdade; e f) a internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado (art. 24). Vê-se que mesmo as duas últimas medidas, que importavam na privação parcial ou total da liberdade do adolescente, eram consideradas medidas de “assistência e proteção” (LIBERATI, 2006, p. 52).

Notável, portanto que muito embora fossem denominadas de “medidas de assistência”, o verdadeiro caráter dessas medidas era o de repressão. Tal fato, aliado à inexistência da previsão de direitos destinados à população infanto-juvenil – salvo à assistência religiosa – e de medidas de apoio familiar, evidenciam que o caráter “tutelar” do diploma não passava de mera fachada (LIBERATI, 1993, p. 13, *apud* SANTA CATARINA, 2008, p. 24-25).

Não obstante essa conclusão tenha se dado com base no Código de Menores de 1979, pode ela ser estendida, *mutatis mutandis*, à praticamente todas as legislações editadas entre os anos de 1927 a 1987, pois a política norteadora foi basicamente a mesma, consubstanciada na “Situação Irregular” (PEREIRA, 2008, p. 19).

SARAIVA define a Doutrina da Situação Irregular como “aquela em que os menores passam a ser objeto da norma quando se encontrarem em estado de patologia social”, assim entendida

⁸ Muito embora o Código tenha sido instituído no Ano Internacional da Criança, a permanência do regime ditatorial no Brasil impediu a adoção das concepções protetivas que despontavam no contexto internacional (NICKNICH, 2010, p. 83).

como qualquer inadequação ao padrão estabelecido, seja por conduta própria, de sua família ou da sociedade (2005, p. 48).

Citando Mary Beloff, o mesmo autor elenca as principais características da mencionada doutrina, facilmente perceptíveis nos textos dos diplomas mencionados: a) a visão da população infanto-juvenil como sendo incapaz, ou seja, não como detentora de direitos, mas sim como objeto de proteção, tornando prescindível sua opinião; b) a diferenciação entre os “bem-nascidos” (denominados de crianças) e aqueles em “situação irregular” (denominados de “menores”), cabendo aos primeiros o Direito da Família e aos segundos o Juizado dos Menores; c) a utilização excessiva de tipos abertos, dando azo a arbitrariedades; d) o poder excessivo do Juiz de Menores sobre a criança e a família, fruto da visão de que ele deveria suprir as deficiências das políticas públicas e não só as questões afetas à seara jurisdicional; e e) a supressão de direitos e garantias fundamentais previstos para os adultos, especialmente no que diz respeito à seara penal, tendo em vista que, por serem considerados penalmente inimputáveis, não era analisado o fato cometido pela criança ou adolescente, mas sim a sua “situação irregular” (1999, p. 9-21, *apud*, 2005, p. 49-51).

Bem por isso, Andréa Rodrigues Amin aponta que a Doutrina da Situação Irregular adveio de um contexto internacional⁹ que oscilava entre assegurar direitos e “se defender” dos “menores”, estando inserto no senso-comum que competia ao Estado protegê-los, ainda que, para tanto, tivesse de suprimir suas garantias (2010, p. 06). Para a autora, não se tratava de uma doutrina garantista tendo em vista que “não enunciava direitos, mas apenas pré-definia situações e determinava uma atuação de resultados”, meramente paliativa, portanto (2010, p. 13).

Esse contexto, todavia, foi se modificando a partir da década de 1950, na medida em que diversos diplomas internacionais¹⁰ passaram a reconhecer uma série de direitos e garantias à população infanto-juvenil, culminando na Doutrina da Proteção Integral.

Conforme se demonstrará, sob a ótica dessa doutrina, não é mais a criança e o adolescente que são vistos como “em situação irregular”, mas “sim, o Estado, a família e a sociedade, incapazes de lhe conferir as garantias mínimas para seu desenvolvimento sadio” (SANTA CATARINA, 2008, p. 45).

⁹ A exemplo do Congresso Internacional de Menores de 1911 e da Declaração de Gênova de 1924 (SARAIVA, 2005, p. 40-42).

¹⁰ A exemplo da Convenção dos Direitos da Criança de 1959; das Regras Mínimas para Administração da Justiça de Menores de 1985 (Regras de Beijing); da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989; das Regras Mínimas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade de 1990 (Diretrizes de RIAD), todos das Nações Unidas e ratificados pelo Brasil (SARAIVA, 2005, p. 56). Além desses, considerados sistemas de proteção homogêneos, porquanto destinados a um grupo específico, qual seja, o da Criança e Adolescente, a proteção a essa população já era prevista incidentalmente, em diplomas de caráter homogêneos – destinados a toda a humanidade –, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (artigos 25 e 26), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (artigos 10 [3], 12 [2] [a] e 13 [1]), além das Convenções Europeia, Americana e Africana de Direitos Humanos e aquelas da Organização Internacional do Trabalho, em especial a sobre Idade Mínima, de 1973 (CUNHA; LÉPORE; ROSSATO, 2012, p. 53-57).

2.1.4 A fase e a Doutrina da Proteção Integral

A última e vigente fase da evolução histórica do tratamento jurídico dispensado à criança e ao adolescente no Brasil é a da Proteção Integral, consubstanciada pela Doutrina de mesmo nome. Nos termos que se expôs, esse período despontou no âmbito internacional por volta da metade do século XX, mas só encontrou amparo no ordenamento jurídico nacional com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a subsequente edição do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com efeito, a Carta Política de 1988 teve a elaboração de seu texto inspirada pela Declaração dos Direitos da Criança de 1959 (SANTA CATARINA, 2008, p. 25-26) – primeiro diploma a fazer menção à Doutrina da Proteção Integral, mas sem caráter cogente (CABRERA; WAGNER; FREITAS, 2006, p. 06) – a qual foi reafirmada pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, agora de força coercitiva, e finalmente ratificada pelo Brasil em 22 de novembro de 1990, por meio do Decreto n. 99.710 (SARAIVA, 2005, p. 56).

Pode-se apontar que são três os pilares que embasam a Doutrina da Proteção Integral: a) o reconhecimento de que a criança e o adolescente são sujeitos de direitos, e não meros objetos da tutela estatal¹¹, sendo, por isso, lhes asseguradas todas as garantias fundamentais à essa condição; b) o reconhecimento de que à criança e ao adolescente cabem prioridade absoluta; c) o reconhecimento de que a criança e o adolescente são pessoas em desenvolvimento, devendo a família, a sociedade e o Estado respeitarem essa condição (SANTA CATARINA, 2008, p. 26).

A tríade foi contemplada pelo artigo 227 da Constituição Federal, na medida em que arrolou uma série de direitos aos quais a criança e o adolescente – e, após a Emenda Constitucional n. 65/2010, também o jovem – fazem *jus*, e determinou à família, à sociedade e ao Estado que lhes assegurassem com absoluta prioridade:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O mesmo se diz em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente – diploma que regulamentou a Constituição de 1988 (NICKNICH, 2010, p. 86) – que, além de praticamente reproduzir o texto constitucional em seu art. 4º, reforçou o primeiro pilar ao estabelecer que “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei” (art. 3º) e o terceiro quando prescreveu que, na interpretação do Estatuto, deverá ser levada em consideração “a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento” (art. 6º).

¹¹ Nas palavras de Wilson Donizete Liberati, “a criança e o adolescente deixam de ser objetos de políticas assistencialistas, policiaesca e judiciais para se tornarem protagonistas de seus (próprios) direitos” (2006, p. 56).

Com base no ensinamento de Emílio Garcia Méndez, SILVA aponta, além dos já mencionados, outros traços marcantes das legislações que tem por base a Doutrina ora em estudo: a) as leis são instrumentos para todas as crianças e adolescentes e não apenas para os que se encontram em dificuldades; b) hierarquiza-se a função judicial e se traz para o processo o advogado e o Ministério Público; c) desvinculam-se situações de maior risco e de patologias, do caráter individual; d) assegura-se a igualdade perante a lei; e e) eliminam-se as internações não vinculadas à prática de atos infracionais (1998, p. 33, *apud*, 2008, p. 43)

Com base nessas características, é possível notar que um dos marcos mais notáveis da Doutrina da Proteção Integral foi romper com a identificação feita pela Doutrina da Situação Irregular entre carência e “delinquência”, já que às crianças e aos adolescentes na primeira situação passaram a ser destinados atendimentos na seara protetiva e aos segundos – autores de ato infracional – medidas socioeducativas. Ou seja, foram diferenciadas as competências referentes às políticas sociais e as relativas à infração da lei penal (BELLOF, 1999, p. 18, *apud* SARAIVA, 2005, p. 59).

Importante, ainda, destacar resumidamente os principais princípios¹² – que em certa medida se confundem com os pilares e as características alhures mencionados – da Doutrina da Proteção Integral, quais sejam, o da Prioridade Absoluta¹³, o do Melhor Interesse e o da Cooperação.

O primeiro princípio¹⁴ está consubstanciado no já citado art. 227, *caput*, da Carta Política de 1988 bem como no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, esse auto-explicativo, razão pela qual se limita à sua transcrição¹⁵:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

¹² Marino Pazzaglini Filho define princípios como “normas jurídicas primárias ou superiores de eficácia imediata, plena e imperativa, hegemônicas em relação aos demais dispositivos constitucionais e infraconstitucionais do sistema normativo, que, de um lado, expressam os valores transcendentais da sociedade e o conteúdo essencial da Magna Carta, e, de outro, direcionam e fundamentam a formação, o conteúdo, a aplicação e a exegese de todas as demais normas componentes do ordenamento jurídico” (2003, p. 11, *apud* CABRERA; WAGNER; FREITAS, 2006, p. 08).

¹³ O princípio também é denominado por Wilson Donizete Liberati como “completude de direitos” (2006, p. 213).

¹⁴ O princípio da Prioridade Absoluta foi previsto pela primeira vez na Declaração Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente de 1959 (princípio II), sendo ratificado pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente de 1990 (art. 3º) (SANTA CATARINA, 2008, p. 31).

¹⁵ Para Wilson Donizete Liberati, a enumeração das prioridades previstas no artigo é exemplificativa, representando o mínimo de situações em que deverá ser assegurada preferência de atendimento à população infanto-juvenil (2006, p. 34).

Significa, portanto, que não deve haver ponderações sobre qual interesse deve ser tutelado primeiro, prevalecendo o da Criança e do Adolescente em todas as esferas de interesse, seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar (AMIN, 2010, p. 20).

Esse princípio possui uma significação específica no que diz respeito a violação de normas jurídicas de natureza penal, consubstanciando-se “no respeito à exigência de um sistema de composição judicial diverso do destinado aos adultos, atento à condição peculiar de sujeito em processo de desenvolvimento pessoal e social” (FRANCO, 2004, p. 28). Atendendo a essa concepção é que o indivíduo com idade entre doze e dezoito anos que figurar como autor de ato infracional estará sujeito ao tratamento especial previsto no Estatuto, sujeitando-se não às sanções previstas pelo Código Penal, mas sim a medidas socioeducativas (art. 2º da Lei n. 8.069/90).

De outra banda, o Princípio do Melhor (ou Superior¹⁶) Interesse da Criança e do Adolescente foi traduzido no texto do art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual preconiza que “na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

Serve, pois, como um critério hermenêutico, na medida em que determina a primazia das necessidades infanto-juvenis como critério de interpretação da norma jurídica ou mesmo como forma de elaboração de futuras demandas, sendo destinada tanto ao legislador como ao aplicador (AMIN, 2010, p. 28). Assim, no momento de se verificar acerca da possibilidade, ou não, da extensão das escusas absolutórias ao ato infracional, objeto do presente estudo, esse princípio deverá necessariamente ser observado, adotando-se a interpretação da norma jurídica que se mostre mais condizente com o resguardo dos interesses da população infanto-juvenil.

Por sua vez, o Princípio da Cooperação consiste, sem maiores delongas, na diluição da responsabilidade de assegurar a observância dos direitos destinando à população infanto-juvenil solidariamente entre a família, a sociedade e o Estado, em regime de cogestão e corresponsabilidade (AMIN, 2010 p. 14), tal qual previsto no art. 227, *caput*, da Constituição Cidadã e no art. 4º, *caput*, do Estatuto. “Pretende, pois, que a família se responsabilize pela manutenção da integridade física e psíquica, a sociedade pela convivência coletiva e harmônica, e o Estado pelo constante incentivo à criação de políticas públicas” (CUNHA, LÉPORE, ROSSATO, 2012, p. 76).

Ultrapassado esse ponto, cumpre destacar que precisamente em razão de desatender a praticamente todas essas características, fundamentos e princípios – implementando políticas de caráter repressivo e segregacionista, segundo apontado no tópico precedente – é que a FUNABEM,

¹⁶ João Batista da Costa Saraiva leciona que, por vezes, tal princípio acaba sendo operado no atual sistema como um verdadeiro “Cavalo de Tróia” da doutrina tutelar, servindo para “fundamentar decisões à margem dos direitos expressamente reconhecidos pela Convenção, adotados por adultos que sabem o que é melhor para a criança, desprezando totalmente a vontade do principal interessado. Daí por que ainda se determina a internação de adolescentes em conflito com a Lei, em circunstâncias em que a um adulto não se imporia privação de liberdade, sob o pífio argumento de que não sendo pena, isso lhe será um bem, em nome deste suposto superior interesse, ignorando um conjunto de garantias instituídas” (2005, p. 67).

assim como suas “filiais” em âmbito estadual, foi substituída pelo Centro Brasileiro para Infância e Adolescência – FCBIA¹⁷. A estrutura “tinha como objetivo contemplar os novos princípios do estatuto e realizar a ação integrada com as outras esferas de governo” (SILVA, E., 2004, p. 25).

Ocorre que a FCBIA foi extinta em 1994, de sorte que suas atribuições institucionais relativas à infância e à adolescência foram redirecionadas para outros órgãos, como a Secretaria Especial dos Direitos Humanos, a Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente (responsável pela coordenação nacional da Política de Proteção Especial às Crianças e aos Adolescentes em Situação de Risco Pessoal e Social), e a Secretaria de Assistência Social do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, a depender do assunto tratado – respectivamente, atendimento aos direitos sociais, políticas públicas sociais e de assistência e proteção especial (destinada àqueles que já tiveram seus direitos violados) (SILVA, E., 2004, p. 25).

Vale destacar, ainda, que a Lei n. 8.242, de 12 de outubro de 1991, instituiu o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, instância máxima de formulação, deliberação e controle das políticas públicas para a infância e a adolescência na esfera federal. Também a lei n. 12.594, de 18 de janeiro 2012, criou o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE, que regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas aos adolescentes que pratiquem ato infracional.

Em razão de tudo o que foi apontado até agora, pode-se falar que somente a partir da Constituição Federal de 1988 é que verdadeiramente passou a existir um Direito da Criança e do Adolescente (PEREIRA, 2008, p. 35)¹⁸, disciplina essa que a maioria dos autores entende ser de natureza mista, porquanto permeada por normas e princípios que tutelam interesses de direito público e privado¹⁹ (D’ANDREA, 2005, p. 23).

Finalizada a exposição sobre a evolução histórica dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil, é possível entender porque Marcelo Gomes Silva afirma que ela foi e continua a ser “a história da luta pela preservação do mínimo necessário ao seu desenvolvimento e para a formação do ser humano, nessa fase de vulnerabilidade física e emocional, contra uma cultura de exploração e menosprezo à sua condição peculiar” (2008, p. 23).

¹⁷ Note-se que, ao contrário de suas precursoras, a FCBIA, acompanhando a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e Adolescente, se utilizou da terminologia “infância e adolescência”, em detrimento de “menor”, cuja carga pejorativa há muito havia sido incorporada no senso-comum (AMIN, 2010, p. 07).

¹⁸ Tânia da Silva Pereira entende que, apesar de terem os mesmos destinatários, quais sejam, os indivíduos com idade inferior a dezoito anos, anteriormente vigia o “Direito do Menor”, pois esse trazia normas e institutos exclusivos para uma parte da população infanto-juvenil, leia-se, em situações de risco (2008, p. 35).

¹⁹ Comungam desse entendimento, dentre outros, Marcelo Gomes da Silva (2008, p. 93), Tânia da Silva Pereira (2008, p. 07) e Paulo Afonso Garrido de Paula (2002, p. 42, *apud* PEREIRA, 2008, p. 93). Em sentido contrário, Giuliano D’Andrea, para quem esse ramo do Direito possui natureza pública, porquanto baseado no Estatuto da Criança e do Adolescente, diploma esse que reproduz normas constitucionais sobre direitos indisponíveis, além de normas de natureza penal e de outros ramos também do Direito Público (2005, p. 23).

2.2 Ato infracional e medidas socioeducativas: definições

O Estatuto da Criança e do Adolescente definiu, em seu artigo 2º, quais os sujeitos abarcados por sua proteção especial, definindo como “criança” a pessoa até doze anos de idade incompletos e como “adolescente” aquela entre doze e dezoito anos incompletos de idade. Estabeleceu, ainda, que em hipóteses excepcionais o diploma será aplicável às pessoas com idade entre dezoito e vinte e um anos (“jovem adulto”).

A diferenciação é importante na medida em que, não obstante tanto a criança como o adolescente – e, nas devidas proporções, o jovem adulto – mereçam a proteção integral destinada pelo Estatuto, as medidas para alcançá-la são diferentes em alguns aspectos, notadamente no que tange à responsabilização pela prática de atos análogos a crime ou contravenção penal, consoante será demonstrado.

Como se pode ver, o critério adotado foi puramente etário (biológico)²⁰, não havendo qualquer sorte de pesquisa sobre a maturidade ou discernimento do sujeito para fins de proteção ou responsabilização. A adequação de tal critério – especialmente quando se discute acerca da inimputabilidade penal – não é unânime entre a doutrina, havendo quem²¹ entenda ser desprovido de base teórica, por não se poder dizer que, nos marcos etários genéricos fixados pelo legislador, o indivíduo adquira discernimento ou maturidade, capaz de sujeitá-lo a normas e tratamentos diversos, na maioria das vezes mais gravosos (PEREIRA, 2008, p. 940).

Em compensação, outros²² entendem que o critério foi estabelecido acertadamente, porquanto baseado em estudos médicos e psicológicos que apontam que o processo de desenvolvimento lógico do ser humano se estende até os doze anos de idade, de sorte que o indivíduo, mesmo sabendo que determinada conduta é proibida, não consegue estabelecer correlação entre a prática dessa conduta e suas consequências, o que justifica a não atribuição de responsabilidade à criança pela prática de ato infracional. Hipótese semelhante ocorre na adolescência pois, embora o indivíduo consiga estabelecer esse nexo causal, até os dezoito anos ainda não ocorreu a “formação completa das estruturas físico-químicas cerebrais responsáveis pela formação da razão” o que, somado a atividade hormonal própria da fase, implica em ações impulsivas, justificando a diferenciação (BARBOSA; SOUZA, 2013, p. 22).

²⁰ Wilson Donizete Liberati elenca os três critérios comumente adotados para definir o limite etário da inimputabilidade: a) o critério biológico ou cronológico, que estabelece uma idade fixa, abaixo da qual se considera a pessoa inimputável; b) o critério psicológico, que perquire sobre a capacidade intelectual e volitiva do sujeito; e c) o critério biopsicológico, que consiste num híbrido dos sistemas anteriores, estabelecendo uma idade mínima ao mesmo tempo em que determina o exame do entender e querer do agente (2006, p. 66-67).

²¹ Comungam desse entendimento Alexandre Morais da Rosa (2011, p. 130) e Marcelo Gomes Silva (2008, p. 45).

²² Nesse sentido, Danielle Rinaldi Barbosa e Thiago Santos de Souza (2013, p. 19), Luiz Eduardo Pascuim (2006, p. 137, *apud* BARBOSA; SOUZA, 2013, p. 19), Martha de Toledo Machado (2003, p. 273) e Paulo Afonso Garrido de Paula (*In*: CURY, 2006, p. 36, *apud* BARBOSA; SOUZA, 2013, p. 19).

Além do mais, a existência de um critério fechado evitaria arbitrariedades por parte dos operadores que lidam com esse contingente populacional, não ficando a definição sobre se a criança ou o adolescente seria “merecedor” de proteção especial na dependência de critérios subjetivos – e, portanto, falíveis – do operador, conferindo maior segurança jurídica (BARBOSA; SOUZA, 2013, p. 19).

Nesse sentido, Tânia da Silva Pereira reconhece que, apesar de ser essa a idade recomendada pelo ONU, não constitui ela “um marco preciso no advento da capacidade de compreensão do injusto e de autodeterminação, mas sem dúvida tem o mérito de romper com o sistema do discernimento, fonte inesgotável de segurança” (2008, p. 935-936). Para a autora, portanto, trata-se de mera opção técnico legislativa de política criminal²³ – de sorte que poderia, inclusive, ter sido eleita outra idade, como 11 ou 19 anos –, que presumiu, em absoluto²⁴, que as pessoas com idade inferior a dezoito anos não são responsáveis por seus atos, “ainda que possam existir menores plenamente desenvolvidos e maiores não tão desenvolvidos assim” (2008, p. 940).

2.2.1 Medidas de proteção

Tanto a criança como o adolescente, segundo expressa previsão do artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, são destinatários de medidas de proteção sempre que seus direitos forem ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, ou em razão de sua própria conduta²⁵. Tal situação, todavia, não se trata de uma redefinição do conceito de “situação irregular”²⁶, prevista pelos antigos Códigos de Menores, mas sim de um reforço da proteção já conferida pelos demais dispositivos, determinando que a família, a

²³ Assim também entendem André Del Grossi Assumpção (2008, p. 508), Danielle Rinaldi Barbosa e Thiago Santos de Souza (2013, p. 19), Mônica Nicknich (2010, p. 90), Wilson Donizeti Liberati (2006, p. 75) e João Batista da Costa Saraiva (2006, p. 30). O último autor ainda acrescenta que o fato de o ordenamento prever diferentes faixas etárias para o exercício de determinados atos de cidadania – voto facultativo aos dezoito anos, possibilidade de atuar como aprendiz aos quatorze anos e trabalhar com dezoito anos, possibilidade de adquirir porte de arma com vinte e cinco anos, elegibilidade aos trinta anos para o cargo de governador e trinta e cinco anos para o da presidência – demonstra que se trata de uma opção política, que nada tem a ver com o critério subjetivo da capacidade (2006, p. 50-51).

²⁴ Presunção *juris et jure*, portanto, que não se sujeita a prova em contrário (LIBERATI, 2006, p. 67).

²⁵ CABRERA, WAGNER e FREITAS exemplificam essas situações, afirmando que há risco social quando a atividade estatal está em desacordo com as determinações legais ou quando inexistem políticas públicas, como no caso da ausência de vagas em escolas. Já a falta familiar se caracteriza pela ausência física dos pais ou responsável, enquanto a omissão se traduz na negligência desses em fornecer assistência material, intelectual ou afetiva e, por sua vez, o abuso se manifesta na forma de violência física, psicológica ou sexual, em exorbitância do poder familiar. Por fim, a situação de risco pessoal ocorre quando a criança e o adolescente “apresentam desvio de conduta”, a exemplo dos casos de uso de drogas e evasão escolar voluntária (2006, p. 43).

²⁶ Em sentido contrário, João Batista da Costa Saraiva entende que o caráter genérico do dispositivo da azo “ao arbítrio e ao subjetivismo na hora de se determinar quais as situações de violações de direito, ainda mais considerando que os operadores do Conselho Tutelar comumente são leigos em termos jurídicos”, sendo mais uma “concessão” feita pelo Estatuto às teorias minoristas (2005, p. 73-74).

sociedade e o Estado atendam prioritariamente a esse grupo que se encontra sob determinadas situações, consideradas de risco²⁷ (PEREIRA, 2008, p. 35).

Consistem as medidas protetivas, portanto, “em intervenções estatais impositivas que colimam resguardar os direitos e interesses daqueles que, em razão da não completude de seu desenvolvimento físico e mental, necessitam de proteção absoluta” (2013, p. 86). Ao adota-las, o Estatuto “optou pela desjudicialização das hipóteses sem gravidade e pela ênfase no desenvolvimento social das crianças e jovens em situação de risco pessoal e social” (PEREIRA, 2008, p. 976).

Preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente que as medidas de proteção podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente e são substituíveis a qualquer tempo (art. 99), podendo consistir em: encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; orientação, apoio e acompanhamento temporários; matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; acolhimento institucional; inclusão em programa de acolhimento familiar; e colocação em família substituta²⁸ (art. 101).

O rol, todavia, não é exaustivo, tendo em vista que o próprio diploma faculta à autoridade competente aplicar outras medidas que entenda mais adequadas à concretização da proteção (ASSUMPÇÃO, 2008, p. 516).

Em qualquer caso, “levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários” (art. 101, ECA) bem como a condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos e os princípios da proteção integral e prioritária, da responsabilidade primária e solidária das três esferas do poder público, do interesse superior da criança e do adolescente, da privacidade, da intervenção precoce e mínima, da proporcionalidade e atualidade, da responsabilidade parental, da obrigatoriedade da informação e da oitiva obrigatória e participação, cujos conceitos são definidos pelo próprio diploma (art. 100, parágrafo único, ECA).

De se observar que o Estatuto não estabeleceu qual a medida protetiva aplicável a cada caso, cabendo à autoridade competente analisar os critérios acima mencionados e estabelecer qual (ou quais), mostra-se mais adequada, conforme a situação de risco em que a criança ou o adolescente esteja envolvido. Não há, portanto, nenhuma ordem legal de aplicação (preferência), de uma medida protetiva em detrimento de outra (BARBOSA; SOUZA, 2013, p. 83).

²⁷ Segundo Giuliano D’Andrea, o “legislador brasileiro preferiu enumerar pequeno número de hipóteses em que o adolescente tenha seus direitos ameaçados, mas de modo a serem interpretados da maneira mais ampla possível” (2005, p. 82).

²⁸ Muito embora se entenda que o conhecimento das medidas protetivas em espécie mostra-se importante para a correta compreensão e aplicação do Direito da Criança e do Adolescente, deixa-se de fazer maiores considerações acerca de suas peculiaridades – que, ademais, estão delineadas no próprio art. 101 do Estatuto – sob pena de o estudo alongar-se em demasia.

Por autoridade competente, entende-se tanto o membro do Conselho Tutelar (art. 136, I, ECA) como o magistrado (art. 148, parágrafo único, ECA), de forma concorrente (SARAIVA, 2006, p. 61) – salvo nas hipóteses de inclusão em programa de acolhimento familiar ou colocação em família substituta, as quais competem exclusivamente ao último, por guardarem relação direta com a suspensão e destituição do poder familiar, as quais só podem ser decretadas por decisão judicial (art. 24, ECA).

Impende salientar, ainda, que o Estatuto não estabeleceu um procedimento formal para apuração da situação considerada de risco e a consequente aplicação da medida protetiva (ASSUMPÇÃO, 2008, p. 516). A razão disso decorre da natureza das medidas protetivas, que não é, segundo a maioria da doutrina, eminentemente sancionatória (CABRERA, WAGNER, FREITAS, 2006, p. 64).

As medidas protetivas, portanto, visam ao desenvolvimento físico e mental do adolescente e são aplicáveis tanto a criança como ao adolescente, pelo Conselho Tutelar ou pelo magistrado – ressalvadas as hipóteses já mencionadas –, através de um procedimento pouco burocrático, quando os infantes e jovens estiverem sujeitos a alguma das situações de risco determinadas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.2.2 Medidas socioeducativas e ato infracional

O Estatuto da Criança e do Adolescente define, em seu art. 103, que considera-se ato infracional a prática de “conduta descrita como crime ou contravenção penal”. Tal circunstância deriva da previsão do art. 228 da Constituição de 1988, ratificada pelo art. 104 do Estatuto, que estabelece a inimputabilidade dos sujeitos com idade abaixo de dezoito anos²⁹.

Segundo Wilson Donizete Liberati, a inimputabilidade penal consiste numa causa de exclusão da culpabilidade e, por consequência, significa a “exclusão da responsabilidade penal, absoluta irresponsabilidade pessoal ou social diante da infração penal (ato infracional) praticada, tendo como base apenas a idade cronológica” (2006, p. 19).

²⁹ Tânia da Silva Pereira, com base na lição de Gercino Gerson Gomes Neto, entende que a inimputabilidade penal até os dezoito anos consiste em cláusula pétrea e, portanto, é impassível de redução. Isso porque o art. 60, §4º, da Constituição de 1988, determina que não são passíveis de abolição por emenda os direitos e garantias fundamentais, ao passo que o art. 5º, §2º, do mesmo diploma, esclarece que esses direitos e garantias não se encontram restritos ao rol desse dispositivo. Assim, a previsão do art. 228 da CRFB/1998, por limitar a ação do Estado sob a liberdade da população infanto-juvenil, *trata-se de uma* garantia individual de não ser submetido à perseguição em juízo, nem apenado criminalmente (2003, p. 42, *apud*, 2008, p. 939-940). Corroboram esse entendimento, André Del Grossi Assumpção (2008, p. 516), João Batista da Costa Saraiva (2005, p. 79), Mônica Nicknich (2010, p. 91) e Wilson Donizeti Liberati (2006, p. 79-88). Em sentido contrário, Rogério Greco preconiza ser possível a redução, desde que realizada por emenda, já que o “art. 228 não se encontra entre aqueles considerados irreformáveis, uma vez que não se amolda ao rol das cláusulas *pétreas* elencadas nos incisos I a IV, *do §4º*, do art. 60, da Carta Magna” (2011, p. 82). Bem assim, *entende* Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 312-313).

Em razão da inimputabilidade, pois, é que não podem ser aplicadas à criança e ao adolescente as penas previstas no Código Penal, sendo atribuída à primeira tão-somente as medidas protetivas e, ao segundo, as medidas socioeducativas, conforme art. 105 e art. 112 do Estatuto.

Considerando que as medidas protetivas, como se expôs, não ostentam, pelo menos em tese, caráter sancionatório, conclui-se que as crianças são absolutamente irresponsáveis em termos penais (LIBERATI, 2006, p. 74). O mesmo não ocorre com os adolescentes pois, como leciona Karina Batista Sposato, inimputabilidade não se confunde com irresponsabilidade, tendo em vista que o art. 228 da CRFB/1988 expressamente definiu que a população juvenil estará sujeita “às normas da legislação especial”, a qual acarreta consequências jurídicas para as condutas transgressoras (2006, p. 142).

Dessa feita, pode-se dizer que o ato infracional, embora definido como a conduta análoga ao crime ou a contravenção penal, difere dessas duas modalidades de delito em dois aspectos: a) quanto ao sujeito, pois só pode ser praticado por pessoas com idade inferior a dezoito anos, enquanto o crime e a contravenção são passíveis de prática pelos indivíduos com idade superior a essa; e b) quanto à consequência, pois ao ato infracional são aplicadas as medidas protetivas ou socioeducativas, enquanto ao crime aplicam-se sanções de natureza criminal – penas privativas de liberdade, restritivas de direito ou multa (CABRERA, WAGNER, FREITAS, 2006, p. 62-63).

Com relação às medidas protetivas, foram traçadas considerações gerais no tópico antecedente. Acrescenta-se, apenas, que o cometimento de um ato análogo a crime ou contravenção penal por uma criança não implica, necessariamente, na imposição de uma medida protetiva. A uma, porque as medidas protetivas não possuem caráter sancionatório, sendo as crianças penalmente irresponsáveis, como se expôs. A duas porque, se assim fosse, condutas minimamente lesíveis a um bem jurídico – a exemplo da não devolução de um lápis, ou de um xingamento brando a um colega –, cuja correção é própria da educação familiar e social, exigiriam a intervenção da Justiça da Infância e Juventude, desvirtuando sobremaneira os objetivos protetivos do Estatuto (BARBOSA; SOUZA, 2013, p. 83).

Quanto às medidas socioeducativas, são elas, conforme previsão do art. 112 do ECA, aplicáveis exclusivamente ao adolescente autor de ato infracional. Diferentemente do que ocorre com as medidas protetivas, as medidas socioeducativas encontram lugar apenas quando o adolescente se encontre em situação de risco em razão de sua própria conduta e não por ações atribuíveis à ação ou omissão da família, da sociedade ou do Estado (BARBOSA; SOUZA, 2013, p. 86).

Considerando que a lei conceitua ato infracional como conduta análoga ao crime ou contravenção penal, necessário verificar alguns conceitos próprios dessas modalidades de delitos – superficialmente, já que a matéria será aprofundada no capítulo subsequente.

Não obstante a existência de diferentes correntes, atualmente predomina a teoria finalista tripartite, segundo a qual o crime é um fato típico, antijurídico e culpável. Típico, no sentido formal, significa que o fato está descrito na lei como infração penal, enquanto no sentido material pressupõe

que haja efetiva lesão ou perigo dessa a um bem jurídico. A antijuridicidade, por sua vez, quer dizer que o fato é ilícito, ou seja, que não está acobertado pelas excludentes de ilicitude previstas no art. 23, ou na parte especial, do Código Penal. Por fim, a culpabilidade corresponde ao juízo de reprovação do agente, ou seja, consiste no nexo causal entre sujeito e conduta necessário à incidência da pena (ASSUMPÇÃO, 2008, p. 558).

Assim, somente se pode dizer que o adolescente cometeu um ato infracional quando tenha praticado um fato típico, antijurídico e culpável, o que poderá motivar a instauração do procedimento legal para a sua apuração e legitimará a aplicação de eventual medida socioeducativa.

São espécies taxativas (ASSUMPÇÃO, 2008, p. 516) de medidas socioeducativas, segundo previsão do art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente: a advertência; a obrigação de reparar o dano; a prestação de serviços à comunidade; a liberdade assistida; a inserção em regime de semi-liberdade e a internação em estabelecimento educacional³⁰. Repise-se que, em detrimento da aplicação da medida socioeducativa, podem ser aplicadas as medidas de proteção previstas no art. 101, I a VI, do ECA, sendo vedadas somente a aplicação de acolhimento institucional, de inclusão em programa de acolhimento familiar e de colocação em família substituta³¹.

Nessa última hipótese, a medida protetiva “será aplicada sem caráter sancionatório, não decorrerá do que o agente praticou, mas sim de certa circunstância pessoal que a reclame, sem a cogência própria da medida socioeducativa” (SARAIVA, 2005, p. 95).

Assim como fez com as medidas protetivas, não estabeleceu o Estatuto um vínculo necessário entre determinado ato análogo a crime ou contravenção penal e uma medida socioeducativa específica³² – ou, como ocorre no Código Penal, um preceito secundário específico (pena) para um preceito primário (conduta tipificada) (CABRERA; WAGNER, FREITAS, 2006, p. 85) – determinando apenas que sejam observados os critérios do art. 112, §1º, ECA. Igualmente, não há que se falar que uma medida socioeducativa prefere a outra, devendo elas serem aplicadas, de forma

³⁰ Tal como ocorreu com as medidas protetivas, deixa-se de tecer maiores considerações acerca das especificidades de cada medida socioeducativa – embora se reconheça que o seu conhecimento mostra-se importante para a correta compreensão e aplicação do Direito da Criança e do Adolescente – sob pena de o estudo alongar-se em demasia. Ademais, muitas das suas especificidades estão delineadas no corpo do próprio Estatuto, a partir do art. 115, a cuja leitura se remete, valendo lembrar, também, que o presente estudo visa justamente perquirir acerca da possibilidade de não imposição de nenhuma dessas medidas, pelo reconhecimento da aplicabilidade das escusas absolutórias ao ato infracional.

³¹ As razões são óbvias, já que as referidas situações tem a ver com questões familiares e não com a conduta praticada pelo adolescente.

³² Segundo André Del Grossi Assumpção, isso quer dizer que, embora adotado no momento da definição de ato infracional, o princípio da tipicidade foi de certa forma flexibilizado no que tange à cominação de medida socioeducativa. Defende que, não obstante fosse mais seguro precisar qual a hipótese de aplicação de cada medida, a fim de evitar arbitrariedades diante da vasta gama de opções disponíveis, tal sistemática não chega a ser inconstitucional, pois determina que o magistrado considere, no momento da escolha, questões pessoais, sociais e do fato que melhor atendam à finalidade educativa (2008, p. 512).

isolada ou cumulativa, segundo o prudente arbítrio do juiz quanto à observância das necessidades específicas do adolescente³³ (art. 113, ECA) (BARBOSA; SOUZA, 2013, p. 86).

Por outro lado, a medida socioeducativa se distancia das medidas protetivas no que tange à competência para sua aplicação, que não mais caberá ao Conselho Tutelar, mas sim ao magistrado, como regra geral, e ao Ministério Público, na hipótese de remissão. Outra diferença em relação às medidas protetivas é que estas estão sujeitas a um procedimento de apuração mais formal (ASSUMPÇÃO, 2006, p. 516), onde serão assegurados ao adolescente os direitos e garantias processuais previstos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – tanto os concentrados no art. 106 ao 111, como os espalhadas pelo corpo do diploma –, além dos previstos constitucionalmente – tanto no art. 5º, destinados aos acusados em geral, como no art. 227, §3º, inciso V, destinados especificamente à população infanto-juvenil.

Nesse sentido, leciona João Batista da Costa Saraiva que

as garantias processuais enumeradas no art. 111, ECA têm caráter exemplificativo, não se constituindo *numerus clausus*, buscando dar destaque no sistema processual protetor do adolescente, o que possibilita, sempre que necessário, subsidiariamente, a aplicação de outras admitidas pelo nosso ordenamento jurídico ou adotadas por declarações, pactos, convenções ou tratados cujos textos foram aprovados internamente pelo Brasil (2002, p. 55).

Assim, interpretando o Estatuto de acordo com a Constituição Federal de 1988, Alexandre Morais da Rosa, enumera as mudanças procedimentais, traduzidas em garantias, que são asseguradas à criança e ao adolescente no procedimento de apuração de ato infracional (2011, p. 212-218):

a) direito de defesa técnica com tempo e meios adequados, inclusive remissão; b) direito à presunção de inocência e liberdade como regra, com excepcionalidade da internação provisória; c) direito de recorrer em liberdade mesmo sem se recolher ao centro de internamento; d) direito a juiz e Ministério Público natural e competente; e) direito à ampla defesa, com intimação para todos os atos processuais, inclusive precatória; f) direito ao silêncio e de não se incriminar; g) vedação do reformatio *in pejus*; h) vedação do uso de provas ilícitas, salvo em benefício da defesa; i) direito à publicidade do processo em sua relação; j) direito de jurisdicalização da Execução da medida socioeducativa; l) direito de estar presente nos atos processuais e se confrontar com as testemunhas e informantes; m) prescrição da medida socioeducativa; n) direito de solicitar a presença de seus pais e defensores a qualquer tempo; o) direito de não ficar internado por mais de quarenta e cinco dias; p) impetrar habeas corpus e mandado de segurança; q) inutilizabilidade das provas não produzidas no processo e em contraditório; r) inconstitucionalidade da internação sanção por violação do devido processo legal; s) assistência médica, social, psicológica e afetiva; e t) análise das condições da ação infracional em decisão fundamental.

Uma vez claro que as garantias processuais previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente não são taxativas, devendo-se socorrer da normativa constitucional e, até mesmo, internacional, sempre que necessário, traça-se uma breve consideração sobre a representação no

³³ Alguns autores, a exemplo de André Del Grossi Assumpção, entendem que há uma ordem de gravidade crescente implícita, do primeiro ao último inciso (2008, p. 515).

procedimento de apuração do ato infracional – cujo trâmite pode ser compreendido a partir da leitura do art. 174 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A representação é a peça que dá início ao procedimento de apuração do ato infracional, quando presentes indícios suficientes de autoria e materialidade. Ocorre que o art. 180 do ECA, ao tratar do oferecimento da representação pelo Ministério Público utiliza-se do vocábulo “poderá”, o que demonstra a facultatividade da medida, que poderá não ocorrer, por exemplo, quando a passagem pela polícia e as orientações Ministeriais e familiares já tiverem levado o adolescente a refletir sobre sua conduta (SANTA CATARINA, 2008, p. 232).

Portanto, enquanto do sistema processual penal deflui o princípio da obrigatoriedade de propositura da ação penal, do Estatuto da Criança e do Adolescente deflui o “princípio da oportunidade”, segundo o qual tem o Ministério Público opção de invocar a tutela jurisdicional ou excluir o processo por meio da remissão³⁴. A opção dependerá do confronto entre o interesse social, consistente em se defender do ato infracional, e o interesse individual do adolescente, a quem também compete proteção, nos termos do Estatuto (PEREIRA, 2008, p. 963). Nesse sentido, é o entendimento de Ernani de Menezes Vilhena Júnior:

O Promotor de Justiça, como titular da ação socioeducativa, não está vinculado ao princípio da obrigatoriedade, mas sim ao da oportunidade da ação. A ação, que é o direito ao exercício da atividade jurisdicional, tem como condição o direito de agir. Por conseguinte, a ausência de interesse implica carência de ação. Uma vez concedida a remissão pelo Promotor de Justiça, aplicando-se ou não medida socioeducativa, não há que ser iniciada a ação por falta de interesse de uma prestação jurisdicional, cujo objetivo já foi atendido. Se a pretensão da sociedade, representada pelo promotor, foi satisfeita com a aplicação de uma medida que visa a reeducação do adolescente e, este, bem como seu representante legal, submeteram-se à medida, não se caracterizou a lide, o conflito de interesses, e então, tornou-se dispensável a tutela jurisdicional. Ao revés, não satisfeito o adolescente ou seu representante legal, poderão recorrer a uma decisão judicial, exercendo o direito subjetivo público de ação, previsto expressamente no art. 128 do ECA (1991, p. 61, *apud* PEREIRA, 2008, p. 967):

Por fim, no que diz respeito à natureza jurídica da medida socioeducativa, ou seja, qual seria, o seu fim, a questão é mais tormentosa e se encontra altamente controvertida tanto na doutrina como na jurisprudência, razão pela qual se lança mão de tópico próprio para análise.

2.3 Superação do Direito Penal Juvenil

2.3.1 Natureza jurídica da medida socioeducativa

³⁴ No mesmo sentido, Danielle Rinaldi Barbosa e Thiago Santos de Souza (2013, p. 87), Martins Zaupa e Paulo César Zeni (2006, p. 647, *apud* BARBOSA; SOUZA, 2013, p. 87-88) e Sérgio Salomão Shecaria (2008, p. 164-165, *apud* BARBOSA; SOUZA, 2013, p. 88).

Ao se analisar tanto a Constituição Federal (art. 228), como o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 221, inciso X) e a Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativa (art. 1º, inciso I, §2º, da Lei n. 12.594/2012), é possível notar que a legislação, em nenhum momento, se referiu à natureza jurídica das medidas socioeducativas, limitando-se a falar genericamente sobre a “responsabilização” do adolescente na hipótese da prática de ato infracional. Não há, dessa forma, menção expressa a se o caráter da medida socioeducativa seria pedagógico, punitivo, retributivo, ou sancionatório.

A consequência desse vácuo legislativo foi o surgimento de diferentes correntes doutrinárias e jurisprudenciais que, adotando um ou outro caráter, defendem a maior ou menor aproximação, ou mesma a independência, do Direito da Criança e do Adolescente no que diz respeito à responsabilização pela prática de ato infracional, ao Direito Penal³⁵. A discussão não é meramente acadêmica, pois, dependendo da corrente que se adote, a interpretação dada a determinado instituto pode ser diametralmente oposta e acarretar consequências práticas, gerando inegável insegurança jurídica (BARBOSA; SOUZA, 2013, p. 93).

É o que ocorre, por exemplo, com a discussão sobre a aplicabilidade do instituto da prescrição às medidas socioeducativas, bem como com o objeto do presente estudo, qual seja, a aplicabilidade das escusas absolutórias ao ato infracional. Dependendo da corrente a que se filie, serão os institutos aplicáveis ou inaplicáveis, implicando na extinção ou exclusão da medida socioeducativa, no primeiro caso, e na sua manutenção ou imposição, na segunda hipótese.

É notável a existência de três correntes principais (SILVA, 2008, p. 61).

A primeira entende que a medida socioeducativa consiste num instrumento de “proteção” ao adolescente. É, como se viu, a postura tipicamente adotada pelos Códigos de Menores do século XX, nos quais era legado ao juiz a decisão, conforme melhor lhe conviesse, sobre o que seria uma situação capaz de ensejar a intervenção estatal bem como sobre a medida a ser adotada, sempre sob o pretexto de proteger o adolescente, o que importava, na maioria das vezes, em decisões arbitrárias. Por remeter a todos os vícios da Doutrina da Situação Irregular, especialmente por colocar em risco o sistema de garantias previsto para o adolescente a quem se atribui ato infracional, essa postura não se coaduna com o vigente paradigma da Proteção Integral (SILVA, 2008, p. 61-62).

A segunda preconiza que as medidas socioeducativas, não obstante possuam uma finalidade pedagógica, ostentam a natureza de pena, já que possuem traços características desse instituto, sendo punitivas, retributivas e sancionatórias, além de visarem a prevenção de novos delitos. Com base nessa premissa, defendem, via de regra, a existência de um Direito Penal Juvenil ou Direito Penal Especial, com a consequente adoção de todos os direitos e garantias processuais próprios do

³⁵ É o que Ana Paula Motta Costa, com base nos ensinamentos de Emílio Garcia Mendez, denomina de crise de interpretação do Estatuto. A outra crise, também já concebida com o Estatuto, seria a de implementação, decorrente “da falta de políticas públicas suficientemente estruturadas para dar efetividade aos preceitos do Estatuto, mormente no tocante ao atingimentos das finalidades pedagógicas das medidas socioeducativas” (BARBOSA; SOUZA, 2013, p. 97).

Direito Penal, sob pena de se tratar os adolescentes de forma mais gravosa que os adultos (LIBERATI, 2006, p. 141-142).

Por fim, a terceira categoria é formada pelos estudiosos que negam tanto o caráter protetivo como o retributivo das medidas socioeducativas, analisando-a sob outros aspectos, de natureza extrapenal (SILVA, 2008, p. 67). Geralmente, visualizam a medida socioeducativa como medida judicial *strictu sensu* e defendem que a sistemática do ato infracional prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – e interpretada de acordo com a Constituição Federal de 1988 – impede qualquer aproximação com o Direito Penal, sob pena de emprestar caráter meramente retributivo ao instituto, em claro retrocesso aos direitos infanto-juvenis conquistados ao longo da história. As garantias penais e processuais são asseguradas ao adolescente não em decorrência da natureza sancionatória das medidas socioeducativas, mas sim em razão da sua condição de sujeito de direitos (BARBOSA; SOUZA, 2013, p. 93-94).

Deixa-se de tecer maiores considerações acerca da primeira corrente porquanto devidamente analisada quando se tratou da “fase tutelar” e da Doutrina da Situação Irregular, remetendo-se ao tópico próprio, sob pena de o trabalho alongar-se em demasia. As demais correntes serão aprofundadas nos itens subsequentes.

2.3.2 A medida socioeducativa como pena e o Direito Penal Juvenil (ou Especial)

Como se expôs, o Direito Penal Juvenil baseia-se na premissa de que a medida socioeducativa, por ser imposta de forma coativa pelo Estado e acarretar, em maior ou menor medida, em restrição de direitos, possui caráter retributivo/sancionatório, não obstante sua finalidade primordial seja pedagógica. Uma vez reconhecido esse caráter penal, passam a valer para os autores de ato infracional os mesmos direitos e garantias assegurados aos acusados em processo criminal, o que implicaria, no final das contas, em uma maior proteção da população juvenil.

São adeptos dessa corrente, dentre outros, Afonso Armando Konzen, Ana Paula Motta Costa, Antônio Fernando do Amaral e Silva, Danielle Rinaldi Barbosa, João Batista da Costa Saraiva, Karyna Batista Sposato, Marina de Aguiar Michelman, Tânia da Silva Pereira, Thiago Santos de Souza e Wilson Donizete Liberati (SILVA, 2008, p. 75), cada qual a seu modo.

Com efeito, Antônio Fernando do Amaral e Silva invoca as prerrogativas do Direito Penal Juvenil, reconhecendo o caráter sancionatório das medidas socioeducativas, em virtude de essas limitarem direitos, defendendo, contudo, que deve prevalecer o seu aspecto pedagógico – tratando-se de um caráter penal especial, portanto (1998, p. 270). Aduz que tal fato é consequência do reconhecimento constitucional de que os adolescentes são sujeitos de direitos (1998, p. 269).

Frisa, ainda, que as remissões ao Direito Penal se dão apenas para reconhecer que as medidas socioeducativas devem seguir os preceitos da excepcionalidade, da estrita legalidade e da brevidade, próprios desse ramo do direito, sendo, ademais, conferidas aos adolescentes as mesmas

garantias dispensadas aos acusados adultos em geral, além das específicas previstas no Estatuto (1998, p. 264) Assim, a referência seria sempre ao Direito Penal *Mínimo* buscando-se a humanização das respostas, as alternativas à privação da liberdade, a descriminalização e a despenalização (1998, p. 263):

Em suma, embora inimputáveis frente ao Direito Penal Comum, os adolescentes são imputáveis diante das normas da lei especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, respondem penalmente, face o nítido caráter retributivo e socioeducativo das respectivas medidas, o que se apresenta altamente pedagógico sob o ângulo dos direitos humanos de vítimas e vitimizadores. Além disso, respostas justas e adequadas são de boa política criminal, exsurgindo como elementos indispensáveis à prevenção e à repressão da delinquência. O que não se admite no Direito Penal Juvenil são respostas mais severas e duradouras do que as que, em idênticas situações, seriam impostas aos adultos (1998, p. 271).

Corroboram o entendimento esposado pelo autor Danielle Rinaldi Barbosa e Thiago Santos de Souza, os quais fazem as mesmas considerações sobre a restrição de direitos fundamentais causada pelas medidas socioeducativas e sobre como, em razão disso, não há como se negar o seu caráter retributivo. Soma-se a isso o fato de que os incisos LXI e LXVII da Constituição Federal de 1988 vedam a privação de liberdade por motivos extrapenais – salvo raras exceções ali contempladas, dentre as quais não estão incluídas as medidas socioeducativas – o que impossibilitaria a pretensão de lhes conferir caráter civil, administrativo, ou qualquer outro que não penal (2013, p. 94-95).

Com base nos ensinamentos de Afonso Armando Konzen, sustentam que a medida socioeducativa é dotada de um aspecto material, esse de natureza efetivamente penal, mas também de uma esfera instrumental, a qual corresponde à finalidade da medida, essa sim de caráter predominantemente socioeducativo. A substância da medida socioeducativa, portanto, seria penal, enquanto sua finalidade seria pedagógica (2013, p. 97):

Veja-se que, na primeira esfera, a medida socioeducativa em nada difere da pena criminal, uma vez que ambas correspondem à resposta unilateral e obrigatória do Estado diante da configuração de um fato típico, ilícito e inaceitável no meio social. Já no tocante à esfera instrumental da medida, não se nega que a pena decorrente da prática de crime também possui o seu caráter ressocializante. Inobstante isso, em razão da situação do adolescente de pessoa que se encontra em fase precípua de desenvolvimento, o caráter pedagógico da intervenção estatal deverá ser para ele mais evidente, à vista das maiores possibilidades de reformulação dos seus valores e virtudes (2013, p. 98).

A existência desses dois aspectos é que justificaria a adoção de elementos tipicamente penais no momento da imposição da medida (constatação de fato típico, antijurídico e culpável, prova da materialidade e autoria, observância do devido processo legal etc.) e regramento específico, desenvolvido para atender às necessidades pedagógicas do adolescente, no momento de sua execução (regras da excepcionalidade e brevidade da internação, preferência por soluções extrapenais, intervenção mínima, etc.) (2013, p. 98). Também em razão desse duplo caráter, é que seria vedada a imposição da medida com fins unicamente retributivos/sancionatórios (2013, p. 113).

Para Giuliano D’Andrea, “as medidas socioeducativas visam à reeducação e ressocialização do adolescente que houver cometido ato infracional, sendo mais leve ou rigorosa,

dependendo da gravidade do ato e das condições pessoais” do adolescente (2005, p. 90). Argumenta, por outro lado, que muito embora não constituam pena, a sua natureza advém da prática de ato penal (ainda que chamado de ato infracional), razão pela qual são dotadas, além do pedagógico, de caráter punitivo e retributivo (2005, p. 96), devendo ser observadas todas as garantias materiais e processuais daí decorrentes (2005, p. 92).

Adota premissa semelhante João Batista da Costa Saraiva, para quem as medidas socioeducativas³⁶ consistem num “mecanismo de sancionamento, de caráter pedagógico em sua concepção e conteúdo, mas evidentemente retributivo em sua forma, articulado sob o fundamento do garantismo penal e de todos os seus princípios norteadores” (2005, p. 85). Em outras palavras, ainda que a medida socioeducativa venha a consistir em atividades de caráter educacional e pedagógico, será imposta coativamente ao adolescente, restringindo total ou parcialmente sua liberdade (2005, p. 86), justamente o que diferencia a sanção jurídica de natureza penal de outras técnicas de controle social (2006, p. 66).

Sustenta, ademais – com base no art. 174³⁷, do Estatuto, e na regra do artigo 17.1³⁸, das Regras de Beijing –, que, além do caráter educativo da medida socioeducativa, seria inegável seu conteúdo de defesa social, visando não apenas a garantia da segurança pessoal do adolescente como também a manutenção da ordem pública (2006, p. 88). Está ínsito no Estatuto da Criança e do Adolescente, portanto, o Direito Penal Juvenil que, todavia, deverá se fundar sempre no Direito Penal Mínimo³⁹.

³⁶ Para o autor, e bem assim para Antônio Fernando do Amaral e Silva (1998, p. 221), o sistema do ato infracional é um dos três grandes sistemas preventivos contidos no ECA que visa garantir os direitos da criança e do adolescente. O Sistema Primário se traduz nas Políticas de Atendimento, destinadas à população infanto-juvenil como um todo. Falhando esse primeiro sistema, é acionado o segundo, operado pelo Conselho Tutelar, que se traduz nas medidas de proteção e é destinado à população infanto-juvenil que se encontra em uma das situações de risco previstas pelo art. 98, do ECA – ou seja, na condição de vitimizados. Por fim, falhando os dois primeiros, é acionado o Sistema Terciário, operado pelo Sistema de Justiça, que aplicará as medidas socioeducativas aos indivíduos que praticaram ato infracional, ou seja, que se encontram na condição de vitimizadores (2005, p. 75-77).

³⁷ Art. 174. Comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público, no mesmo dia ou, sendo impossível, no primeiro dia útil imediato, exceto quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública.

³⁸ 17.1 A decisão da autoridade competente pautar-se-á pelos seguintes princípios: a) a resposta à infração será sempre proporcional não só às circunstâncias e à gravidade da infração, mas também às circunstâncias e às necessidades do jovem, assim como às necessidades da sociedade; b) as restrições à liberdade pessoal do jovem serão impostas somente após estudo cuidadoso e se reduzirão ao mínimo possível; c) não será imposta a privação de liberdade pessoal a não ser que o jovem tenha praticado ato grave, envolvendo violência contra outra pessoa ou por reincidência no cometimento de outras infrações sérias, e a menos que não haja outra medida apropriada;

³⁹ O autor aduz que o Direito Penal Mínimo reconhece que há necessidade de privação de liberdade para as situações que apresentam um risco social efetivo, impondo a retribuição e educação do Estado, mas propõe a construção de penas alternativas para as demais hipóteses. Seria uma corrente intermediária entre o Direito Penal Máximo – fundado na premissa da “Lei e Ordem”, segundo a qual o nível de segurança é diretamente proporcional à repressão – e o Abolicionismo Penal – que sustenta que, diante da evidente falência do sistema retributivo, deve o Estado construir novas alternativas para a criminalidade, já que a questão de segurança é essencialmente social e não penal (2005, p. 84-85).

A rejeição à essa concepção adviria de um “pré-conceito de natureza hermenêutica”, herdado da cultura da Situação Irregular que não reconhecia na criança e no adolescente a condição de sujeitos de direitos especiais (2005, p. 87). Mas é precisamente em razão da superveniência desse reconhecimento que as normativas internacional, constitucional e estatutária reconheceram o adolescente também como um sujeito responsável, com o sancionamento de medidas socioeducativas. Vale dizer, dotado de deveres condizentes com sua condição peculiar, pois não há como se construir cidadania sem responsabilidade (2005, p. 88). Por outro lado, não pode haver responsabilização sem o devido processo legal (2005, p. 107), o que justifica a adoção dos princípios penais e garantias constitucionais:

Assim se impõe que se faça compreendido o que se diz Direito Penal Juvenil, adjetivo que qualifica este Direito Penal. Incorpora seus preceitos garantistas e lhe restringe o foco de atuação à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento que desfruta o adolescente, ampliando aquelas garantias em face da condição diferenciada ostentada pelo sujeito da norma. A ideia dessa nova ordem, resultante da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança e expressa no Estatuto, é no sentido de garantir ao adolescente a que se atribui a prática de uma conduta infracional o asseguramento de todas as garantias processuais que desfruta o imputado em processo penal de adultos, mais aquelas outras que são próprias da condição de adolescente, daí por que ser este Direito Penal Juvenil (2005, p. 90)

Não destoam dos argumentos até então esposados Karina Batista Sposato, a qual também assume a natureza sancionatória/penal das medidas socioeducativas, por interferirem na esfera de direitos do adolescente, por serem impostas coativamente pelo Estado e por exercerem papel de controle social, equivalendo-se, portanto, às penas de uma perspectiva estrutural (2006, p. 139). Sustenta, porém, que esse reconhecimento não exclui “o desafio pedagógico que se coloca para a Justiça da Infância e Juventude e para os programas de atendimento socioeducativos” (2006, p. 141). Não bastaria, pois, a mera aplicação do direito penal tradicional aos adolescentes, sendo necessário que o direito penal juvenil seja mais benéfico aos adolescentes (2006, p. 142).

Nesse sentido, se aproxima a autora de BARBOSA, SOUZA e KONZEN para os quais, como se viu, a substância da medida socioeducativa seria penal, enquanto sua finalidade seria pedagógica. Aduz que o reconhecimento das medidas socioeducativas como tal é necessário, sob risco de tomar corpo um “neomenorismo” onde, sob o pretexto de se “educar” ou “proteger” o adolescente, seriam impostas medidas socioeducativas “sem as tradicionais limitações que incidiriam sobre o controle social formalizado, ou seja, sem os limites do direito penal do ato ou da culpabilidade” (2006, p. 146).

De outra banda, para Tânia da Silva Pereira, as medidas socioeducativas não são penas, mas providências judiciais que objetivam proteger, educar, reintegrar e promover o desenvolvimento pleno e sadio do adolescente. Possuem finalidade predominantemente pedagógica, portanto. Sua finalidade, contudo, não se confunde com sua natureza que, para a autora, é de caráter nitidamente penal. É que, tal qual ocorre com as penas, as medidas socioeducativas têm caráter de prevenção geral e especial – ou seja, procuram evitar que o adolescente reitere na prática do ato infracional, bem como

desestimular que outros assim procedam – e, principalmente, repressivo, já que podem restringir direitos, inclusive a liberdade (2008, p. 987-994).

Ocorre que, ao contrário das penas criminais, que estão sujeitas a critérios de individualização objetivos e limitativos claros, a aplicação das medidas socioeducativas continuaria sujeita a critérios indeterminados⁴⁰, relegados ao subjetivismo do julgador, que possibilitam o cometimento de arbitrariedades, sob a justificativa de “proteção” do adolescente. Assim, para a autora é necessário que se reconheça o caráter de “direito penal especial” – mas que com ele não se confunde – das medidas socioeducativas, socorrendo-se do Direito Penal não só na sua parte especial (repressiva), quando define o ato infracional, mas também de sua parte geral, na qual estão consubstanciadas todas as garantias (2008, p. 990).

Nas palavras da autora:

Admitir o caráter repressivo, penal especial (diferente do penal comum dos adultos), insisto, é útil aos direitos humanos de vítimas e vitimizadores. É necessário superar o viés da “proteção”: ciente o aplicador da medida que, além de imposta, é repressiva, redobrar-se-á em cautelar para não impô-la sem os critérios da fundamentação da despenalização, da excepcionalidade, da legalidade, da brevidade, da proporcionalidade e da resposta justa e adequada (2008, p. 991).

Wilson Donizete Liberati, a seu turno, sustenta que não há diferença material entre a prática de um ato infracional e de um crime, sendo diferente, apenas, o tratamento jurídico dispensado ao transgressor, nos termos do art. 228 da CFRB/1988 (2006, p. 21) que, em atenção à condição peculiar dos adolescentes, determina a sua *responsabilização estatutária*, ou seja, por normas especiais de natureza penal, mas diversas do direito penal comum (2006, p. 72). Assim, não obstante a omissão do Estatuto, a natureza jurídica das medidas socioeducativas

equipara-se à pena, cujo significado implica sanção aplicada como punição ou como reparação por uma ação julgada repreensível. Sua execução, no entanto, deve ser instrumento pedagógico visando ajustar a conduta do infrator à convivência social pacífica, sob o prisma da prevenção especial, voltada para o futuro (2006, p. 145).

Possuem, pois, caráter sancionatório, em virtude de serem impostas independentemente da vontade do adolescente, bem como retributivo, por serem uma resposta do Estado que sempre importará numa restrição de direitos (2006, p. 142-144). Não obstante, possuem também caráter pedagógico, pois visam criar no adolescente uma consciência de valoração jurídica de seus atos (2006, p. 143), não havendo cidadania sem responsabilidade (2006, p. 78). Seu reconhecimento como tal, deriva da percepção de que o adolescente é uma pessoa dotada de direitos e deveres, diversamente do que ocorria nos Códigos de Menores, onde eram *objetos* de tratamento, como se portadores de uma patologia social (2006, p. 71). Como se não bastasse, a dissociação da imagem do adolescente com a de impunidade concorre em seu favor, evitando a vingança privada (2006, p. 78).

⁴⁰ Tendo em vista que o art. 122, §2º, do ECA, estabelece tão somente que “em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada”.

Defende o autor, portanto, a existência de um Direito Penal Especial que harmonize a convivência entre o Direito Penal Comum e o Direito Penal Juvenil (2006, p. 21). Esse sistema deverá ser mais brando do que o direito penal dos adultos e não deverá consistir em mera adaptação dos institutos desse, afastando-se do caráter meramente repressivo. De outra banda, deverá adotar todos os princípios e regras garantistas desse ramo (2006, p. 76-78).

Muito embora se reconheça a relevância das considerações dos demais autores mencionados inicialmente, entende-se que a tônica do Direito Penal Juvenil já foi bem delineada, razão pela qual passa-se a análise da corrente que entende que essa concepção foi superada.

2.3.3 A medida socioeducativa como medida judicial *strictu sensu* e a Responsabilização Estatutária

Nos termos em que se viu, os seguidores desse entendimento preconizam que as medidas socioeducativas possuem caráter extrapenal e que os instrumentos atualmente existentes no ordenamento jurídico internacional, constitucional e estatutário são capazes, por si só, de assegurar aos adolescentes todas as garantias que lhe são necessárias – sem necessidade, portanto, de se socorrer do Direito Penal.

Acompanham esse pensar Alexandre Morais da Rosa, Ana Christina Brito, André Del Grossi Assumpção, Carlos Cabral Cabrera, Eliane Rocha Oliveira, Gersino Gerson Gomes Neto, Luis Guilherme da Costa Jr., Luís Gustavo Franco, Marcelo Gomes Silva, Mário Luiz Ramidoff, Mônica Nicknich, Murilo Digiácomo, Péricles Prade, Paulo Afonso Garrido de Paula, Roberto Mendes de Freitas Jr., Sandra Mári Córdova D’Agostini e Thiago Santos de Souza (SILVA, 2013, p. 67-75).

Com efeito, Alexandre Morais da Rosa e Ana Christina Brito defendem que a medida socioeducativa não pode possuir finalidade pedagógica, assim entendida como a pretensão de modificar internamente o adolescente para que se ajuste aos ditames da sociedade e do Estado, ou para que não mais cometa atos infracionais. É que o adolescente, assim como o adulto, pode optar por cometer atos infracionais, desde que arque com as consequências daí advindas. Pode, igualmente, escolher ser “perverso” ou “mau”, já que os estados de ânimo interiores não são puníveis se não se concretizarem em ações (2011, p. 265-269).

Assim, aplicar uma medida socioeducativa não apenas com base na conduta do adolescente, mas com o intuito de interferir na construção da singularidade de sua personalidade, impondo um modelo único de comportamento – normatizando, portanto – mostra-se autoritário e importa na retomada das teorias da Defesa social e do tipo penal do autor⁴¹ (2011, p. 237-238).

⁴¹ A primeira teoria é construída sobre a noção de periculosidade, enquanto a segunda analisa a personalidade do agente, desprovida de qualquer ação (2011, p. 237-238). Por rechaçarem essas concepções é que os autores também entendem que as únicas circunstâncias da conduta que podem ser analisadas no momento da aplicação da medida socioeducativa são os motivos, as causas, as consequências e o comportamento da vítima – os quais,

Tampouco, seria possível admitir uma finalidade retributiva ou preventiva, tal qual ocorre com a pena criminal, pois a responsabilidade estatutária, por expressa previsão constitucional, difere da imputabilidade penal (2011, p. 269).

Para os autores, portanto, a medida socioeducativa possui caráter “agnóstico”, isso é, não possui finalidade em si mesma, já que não guarda uma justificativa jurídica, mas somente política, de evitar a vingança privada – arbitrária e sem limites – e de restringir a manifestação do poder político estatal, permitindo a violação de direitos fundamentais apenas nos limites da estrita legalidade (2011, p. 267-268).

Apontam como alternativa possível ao Direito Penal Juvenil o “garantismo infracional” – baseado em concepções minimalistas e garantistas, devidamente adaptadas às peculiaridades brasileiras –, devendo os direitos e garantias previstas no Código Penal e no Código de Processo Penal ser assegurados ao adolescente autor de ato infracional por intermédio de uma “oxigenação constitucional”. Em outras palavras, a efetivação do Devido Processo Infracional depende de não mais se aplicar o Estatuto da Criança e do Adolescente de forma isolada, sendo necessária a observância dos princípios e regras constantes na Constituição Federal e nos tratados internacionais que, por si só, são bastantes para assegurar direitos e garantias ao adolescente em conflito com a lei, sem que precise se valer do Direito Penal e, conseqüentemente, de suas mazelas (2011, p. 205-206).

André Del Grossi Assumpção, a seu turno, aduz que o ordenamento jurídico brasileiro, ao adotar uma postura de proteção à população infanto-juvenil, vedou qualquer forma de equiparação desse contingente aos adultos para fins penais. Dessa forma, não é possível que se aplique ao adolescente uma pena criminal, ainda que adaptada ou atenuada, cabendo tão somente a imposição de medida socioeducativa, cuja execução deverá se fundar não no aspecto essencialmente retributivo, mas principalmente educativo (2008, p. 509). Para o autor, portanto,

o ato infracional previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente não constitui modelo de direito penal especial, porque não se confunde com delito (crime ou contravenção penal) e melhor se traduz como ilícito penal *sui generis*. Não obstante, o reconhecimento de seu caráter sancionador implica a obediência ao princípio garantista fundamental da legalidade estrita, com novos parâmetros para a responsabilização do jovem em conflito com a lei penal, ora admitido como categoria jurídica específica (2008, p. 519).

Defende, assim, que se trata de um ramo próprio e autônomo do Direito, ainda que compartilhe de alguns princípios e dos mesmos fatos típicos previstos pelo Direito Penal (2008, p. 514).

Carlos Cabral Cabrera, Luis Guilherme da Costa Jr. e Roberto Mendes de Freitas Jr., igualmente, admitem o caráter pedagógico das medidas socioeducativas. Rechaçam, contudo, a ideia de que, em razão do reconhecimento dessa natureza, possam ser subtraídas dos adolescentes as

ademais, devem ser vistos com reservas ante as desigualdades sociais existentes –, sendo ilícito perquirir acerca de sua personalidade ou conduta social (2011, p. 274-279).

garantias inerentes ao processo já que essas são asseguradas tanto pelo ordenamento constitucional, como pelo ordenamento infraconstitucional em vigor (2006, p. 65-66).

É também o pensamento de Mônica Nicknich, para quem se mostra ilusório se utilizar de apenas uma parte do direito penal, como se fosse possível subtrair suas mazelas (2010, p. 96), advindo os direitos e garantias dos adolescentes autores de ato infracional

da própria Constituição Federal e, portanto, muito distante de qualquer tentativa de aproximação do Direito Penal ou do Processo Penal, ambos com décadas de defasagem, o Direito da Criança e do Adolescente exige do Poder Judiciário, assim como das demais instituições, a necessária renovação constitucional, sob pena de se repetir o modelo adulto que, nem de longe, satisfaz os anseios de proteção da dignidade da pessoa humana (2010, p. 135).

Já para Paulo Afonso Garrido de Paula, além das penas, sanções e interditos, passaram as medidas protetivas e socioeducativas a constituírem novas espécies de medidas jurídicas decorrentes do descumprimento de preceitos juridicamente protegidos. Para ele, essas medidas ultrapassam a prevenção geral e especial, interferindo no processo de aquisição de valores e definição de comportamentos por meio da educação (2006, p. 32). Bem por isso, entende o autor que o sistema de responsabilização estatutário “integra ramo autônomo do Direito, tendo por base a normativa internacional e regras constitucionais sendo distinguido por princípios próprios, contando do diploma legal específico (ECA) que o separa das demais subdivisões” (2006, p. 33).

Pelo exposto até então, entende-se que a linha de pensamento sob análise, na qual os autores divergem acerca da natureza da medida socioeducativa mas convergem no sentido de que seu trato deve se afastar do Direito Penal, é a que mais se coaduna com o vigente paradigma da Proteção Integral.

Com efeito, já foi demonstrado nos tópicos precedentes que as normativas internacional, constitucional e infraconstitucional não mais “objetificam” a criança e o adolescente, reconhecendo-os como verdadeiros sujeitos de direitos e garantias, não só dos dispensados aos adultos, de uma forma geral, mas também de prerrogativas especiais, decorrentes de sua condição peculiar de seres em desenvolvimento. Esses diplomas previram um extenso rol nesse sentido, bastando, por si mesmos, para assegurar que o adolescente usufrua do devido processo legal quando da apuração do ato infracional. Não por acaso, é que o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu o procedimento formal delineado no art. 174 e seguintes.

Socorrer-se do Direito Penal para tanto é, portanto, desnecessário, e mesmo temeroso, pois a evolução histórica ilustrada nesse trabalho demonstra que a proteção da população infanto-juvenil foi crescendo justamente na medida em que seu trato foi sendo apartado da seara criminal.

Como aponta Marcelo Gomes Silva, os defensores do Direito Penal Juvenil geralmente partem de duas premissas equivocadas. A primeira é acreditar que apenas por meio do Direito Penal é que poderão ser asseguradas aos adolescentes o respeito às garantias materiais e processuais, o que não

se sustenta pois, como exposto, os princípios e normas constantes na Constituição e no Estatuto atualmente são suficientes para fazê-lo (2008, p. 86-87).

A segunda é a de que a Constituição e o Estatuto instituíram um subsistema penal. Ocorre que, em momento algum, esses dois diplomas fizeram menção à ciência penal (2008, p. 88). Bem pelo contrário, a rejeitaram na medida em que expressamente determinaram a inimputabilidade do adolescente – excluindo consequências jurídicas de natureza penal, portanto – e criaram um sistema de responsabilização especial, afastando a incidência de tudo que não seja próprio do Direito da Criança e do Adolescente (2008, p. 92-94):

Em Ciência Jurídica cada palavra escrita ou omitida deve ser levada em consideração para a interpretação de um instituto. Dessa maneira, sempre que a Constituição da República e as leis desejam um entendimento, normalmente o deixam expresso. Quando a Carta Maior traz as categorias inimputabilidade, legislação especial e quando o Estatuto da Criança e do Adolescente consigna ato infracional e medida socioeducativa o fazem para terminar que o tratamento dispensado não se obtém pela esfera penal, mas sim com base em disciplina própria. (2008, p. 96).

Uma das causas da perpetuação dessas falsas premissas é o fato de os operadores jurídicos conferirem demasiado apego à legislação infraconstitucional, esquecendo-se que, em todo e qualquer caso, a normativa deverá ser interpretada sob a ótica constitucional (2008, p. 100).

Além de o Direito Penal Juvenil estar embasado em argumentos falhos, não conduz ele, ao contrário do que se pode pensar à primeira vista, ao mesmo resultado pretendido pelos defensores da responsabilização estatutária como ramo autônomo. É que embora ambas as correntes aleguem buscar uma maior proteção do adolescente em conflito com a lei, a primeira abre caminho justamente para o inverso. Isso porque ao mesmo tempo em que seriam assegurados aos adolescentes determinados benefícios (progressão de regime, detração etc.), poder-se-ia dizer que eles estariam sujeitos também aos ônus desses institutos (regressão da medida, reincidência, etc.), tornando, ao final das contas, a responsabilidade estatutária substancialmente igual à responsabilidade penal. Em outras palavras, seria aberta uma porta para a redução implícita da maioridade (2008, p. 84-85).

Por fim, conclui o autor que se mostra equivocado falar em um Direito Penal Especial, ainda que mínimo, pois só existe um Direito Penal, com todos os vícios que lhe são próprios (2008, p. 97). As garantias que os defensores do Direito Penal Juvenil alegam pretender conferir aos adolescentes, portanto,

podem ser asseguradas a partir de uma interpretação dos princípios informativos do Direito da Criança e do Adolescente, em consonância com as regras constantes na Constituição da República e complementados pelo Estatuto, sem a necessidade de se socorrer do Direito Penal (Juvenil, ou não) para possibilitar a adolescente o máximo de respeito a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, contra o arbítrio do Estado, quando em conflito com a lei penal. Por isso, sem invocar o Direito Penal, não se corre o risco de interpretações de seus institutos contra o adolescente, risco este real ao admitir o Direito Penal Juvenil (2008, p. 110).

Por concordar-se com os argumentos esposados pelo autor, é que ao se discorrer sobre a evolução dos direitos da criança e do adolescente no Brasil, dividiu-se as etapas históricas em “fase da

absoluta indiferença”, “fase da mera imputação criminal”, “fase tutelar” e “fase da proteção integral” – adotando-se a concepção de Paulo Afonso Garrido de Paula –, não nominando a última de “caráter penal juvenil” – tal qual fazem João Batista da Costa Saraiva (2005, p. 18) e Wilson Donizeti Liberati (2006, p. 72-73), com base em Emílio Garcia Mendez –, por entender que o paradigma da Proteção Integral implica justamente no reconhecimento da superação do Direito Penal Juvenil.

Murilo Digiácomo sintetiza os motivos que levam a essa conclusão:

Falar em “Direito Penal Juvenil” é retroceder à época anterior ao Estatuto da Criança e do Adolescente e à Doutrina da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente que, adotada pelo art. 227, da Constituição Federal de 1988, inspirou o Estatuto, desconsiderando por completo toda normativa – inclusive internacional – criada justamente para permitir que adolescentes acusados da prática de ato infracional recebessem um tratamento diferenciado daquele tradicionalmente destinado aos adultos acusados da prática de crimes, de natureza EXTRAPENAL, sem no entanto prescindir, como melhor veremos adiante, da plena e irrestrita observância a todas as garantias conferidas ao cidadão contra o arbítrio-estatal [...]. Assim sendo, por mais nobres que sejam os fins almejados pelos defensores do “Direito Penal Juvenil”, a adição deste como meio para evitar os abusos cometidos seguramente não é a melhor opção, máxime ante a elementar constatação de que não é a falta de regulamentação, mas sim a falta de aplicação das normas processuais já previstas no ordenamento jurídico e dos princípios que regem a aplicação e a execução das medidas socioeducativas a causa determinante das distorções e arbitrariedades acima referidas (2006, p. 208-209, *apud* BARBOSA; SOUZA, 2013, p. 93).

Essa, portanto, deverá ser a tônica observada quando da análise acerca da possibilidade da aplicação das escusas absolutórias ao ato infracional, sendo sempre necessária a remissão aos direitos e garantias previstos nos tratados internacionais, na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, não bastando, e nem mesmo sendo recomendável, o mero exercício de comparação e aproximação da responsabilidade infracional com a penalização criminal.

3 ESTRUTURA DO DELITO E ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS

3.1. Estrutura do delito: fato típico, antijurídico e culpável

A compreensão dos conceitos de crime e contravenção penal são imprescindíveis à compreensão do próprio conceito de ato infracional, tendo em vista que o art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente, como se viu, o definiu justamente como a conduta análoga a essas modalidades de delito⁴².

Não custa repisar que a remissão do Estatuto ao Direito Penal nesse ponto não significou a adoção de um Direito Penal Juvenil. É, em verdade, consequência do princípio constitucional da legalidade, ou da anterioridade da lei, segundo o qual não será punível – no caso do ato infracional, responsabilizada – a conduta que não esteja previamente proibida por lei⁴³. Em outras palavras, não haverá ato infracional sem prévia definição legal (LIBERATI, 2006, p. 60). Pôs fim, portanto, às práticas comuns no Código de Menores, onde a população infanto-juvenil poderia ter sua liberdade restrita não só pela prática de algum ato, mas em decorrência de suas próprias condições de vida (CABRERA; WAGNER; FREITAS, 2006, p. 62).

Com efeito, para Danielle Rinaldi Barbosa e Thiago Santos de Sousa, o “empréstimo” de conceitos oriundos do direito penal para definir o ato infracional não viola o ordenamento jurídico pátrio. É que determinar um rol específico de condutas ilícitas exclusivamente para adolescentes implicaria numa incongruência no ordenamento, onde o atingimento da maioridade transformaria condutas lícitas em ilícitas, e vice-versa, dificultando o potencial conhecimento da ilicitude. Para eles, mais importante que diferenciar as condutas ilícitas, é determinar que a capacidade de compreensão dos sujeitos em desenvolvimento é diversa da dos adultos, o que justifica o tratamento diferenciado por meio das medidas socioeducativas (2013, p. 77-79).

André Del Grossi Assumpção aponta outros dois motivos pelos quais não seria possível a previsão desse “rol específico”:

a uma, a sujeição de adolescente ao processo socioeducativo em vista de fato que não incriminaria um adulto traduz ofensa ao princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF/88); *a duas*, o antes referido Princípio 54 das Regras de Riad, a que se vincula o Brasil, manda expressamente evitar a responsabilização de crianças e adolescentes por fatos que não gerem a responsabilidade de adultos (2008, p. 513).

Ultrapassado esse ponto, impende destacar que não obstante o art. 1º do Decreto-Lei n. 3.914/1941 diferencie crime e contravenção – determinando que ao primeiro será cominada pena de

⁴² Karyna Batista Sposato denomina essa técnica, de se utilizar dos tipos penais dos adultos para definir as infrações do sistema de justiça juvenil, de “tipificação delegada” (2006, p. 139).

⁴³ Embora a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXIX, e bem assim o Código Penal, em seu art. 1º, façam referência tão somente a “crime”, entende a doutrina que a previsão atinge toda modalidade de infração penal, em decorrência do princípio de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CRFB/1988). A opção pela palavra “crime” teria se dado unicamente em razão da tradição do brocardo *nullum crimen sine previa lege* (NUCCI, 2011, p. 102).

reclusão ou detenção, de forma isolada, alternativa ou cumulativa à multa, e à segunda pena de prisão simples ou multa, de forma isolada ou cumulativa – a maioria da doutrina entende que não há diferença ontológica (substancial) entre os dois, consistindo ambos em modalidades de delito. A diferença é que geralmente caberá à contravenção penal, por possuir penas mais brandas, a tipificação das condutas de menor potencial ofensivo, sendo reservadas aos crimes as condutas mais gravosas. Não passa, pois, de mais um critério adotado com base em questões de política criminal (BARBOSA; SOUZA, 2013, p. 78).

Também não se pode dizer que com tal previsão a Lei de Introdução ao Código Penal definiu o conceito de delito. Com efeito, o mencionado dispositivo se referiu somente às modalidades de pena aplicáveis a cada espécie de delito⁴⁴, ou seja, a aspectos puramente descritivos, não destacando os elementos ou características indispensáveis à sua conceituação (GRECO, 2011, p. 27).

O conceito, tampouco, foi definido em sede constitucional ou infraconstitucional – nem mesmo no Código Penal –, de sorte que não há no atual ordenamento jurídico brasileiro um conceito positivado de delito. Em razão disso, como de praxe nas ciências jurídicas, encarregou-se a doutrina de fazê-lo. No entanto, inúmeras foram as correntes surgidas, razão pela qual destaca-se, de forma breve, as que tomaram maior corpo, a saber: a teoria formal, a teoria material e a teoria analítica (ou formal analítica, ou estratificada) (PRADO, 2011, p. 293-296).

A teoria formal preconiza que delito será todo fato humano que assim tenha sido definido em lei. Dito de outra forma, para que se configure um delito, bastará a mera contrariedade entre a conduta praticada e o ordenamento jurídico penal. A teoria material, por sua vez, giza ser necessário, além da mencionada contrariedade, que seja levado em conta o aspecto substancial, assim entendido como a constatação de que a conduta praticada ocasiona violação, ou perigo dessa, a um bem ou valor considerados relevantes para sociedade e protegidos pela lei penal, sob ameaça de sanção (SANTOS, 2008, p. 74).

Por fim, a teoria analítica (ou formal analítica ou estratificada ou operacional), apesar de reconhecer o delito como um todo unitário, propõe-se a analisar seu conceito mediante a decomposição dos elementos (ou características) que lhe integram, permitindo que, após verificada a existência de todos, o operador conclua pela sua prática. Não obstante seja a corrente majoritária, não há unanimidade sobre quais seriam esses elementos, sendo, no entanto, comumente indicados pelos doutrinadores a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade (GRECO, 2011, p. 27).

⁴⁴ Pode-se dizer, ademais, que essa classificação foi flexibilizada, haja vista que, além das penas de multa, prisão simples, detenção e reclusão, passaram a ser previstas pelo Código Penal e pela Constituição Federal a possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos. A CRFB/1988 também previu expressamente a possibilidade de criação de outras modalidades de pena (art. 5º, XLIV), tal qual veio efetivamente a ocorrer com a edição do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, que estabelece como modalidades únicas de penas a advertência sobre os efeitos das drogas, a prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

Quanto à punibilidade, há grande cizânia, havendo quem⁴⁵ entenda que também integra o conceito de delito bem como quem⁴⁶ defenda que é apenas uma de suas consequências, já que apesar de o delito estar perfeito – isso é, ter sido verificada a prática de uma conduta típica, ilícita e culpável –, pode não ser imposta nenhuma sanção ao seu autor em virtude de circunstâncias outras, como a ocorrência de uma das causas de extinção da punibilidade e, bem assim, com o objeto do presente estudo, as escusas absolutórias (MIRABETE; FABBRINI, 2010. p. 83).

Dessa feita, mister uma rápida incursão – sob o viés finalista, que será aprofundado no tópico subsequente – sobre cada um desses elementos, uma vez que, verificados todos eles numa conduta praticada por um adolescente, estará configurado o ato infracional – por ser, nos termos do art. 103 do ECA, uma conduta análoga ao delito, mas que com ele não se confunde, haja vista a inimizabilidade desses sujeitos.

3.1.1 Tipicidade

Assim como ocorre com o próprio conceito de crime, a teoria analítica do delito decompõe o fato⁴⁷ típico em diversos elementos, consistindo eles em: a) conduta dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva; b) resultado; c) nexo de causalidade entre a conduta e o resultado; e d) tipicidade (JESUS, 2011, p. 300).

3.1.1.1 Conduta dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva

Para Edgard Magalhães Noronha, conduta é qualquer comportamento humano⁴⁸, seja ele um agir (positivo), ou um abster-se (negativo, omissivo). A ação, em sentido estrito, ou comissão, é um movimento corpóreo, um comportamento ativo, enquanto a omissão é a inatividade, a abstenção de movimento, é o não fazer algo que era devido. Assim, o mero pensar ou querer, por não consistir numa exteriorização da vontade, não será punível (2004, p. 98).

Ocorre que, como em relação a tantos outros aspectos, diverge a doutrina sobre qual seria o conceito de ação, destacando-se as correntes causal (naturalista), final e social. Por questões

⁴⁵ Nesse sentido, Basileu Garcia, Munõz Conde e Hassemer, dentre outros (NUCCI, 2011, p. 173).

⁴⁶ Comungam desse entendimento, dentre outros, Assis Toledo, Cezar Roberto Bittencourt, Eugenio Raúl Zaffaroni, Guilherme de Souza Nucci, José Henrique Pierangeli, Juarez Tavares, Rogério Greco (2011, p. 27), etc. No entanto, há quem subtraia do conceito analítico do delito não só a punibilidade, mas também a própria culpabilidade, por entenderem-na também como um pressuposto da aplicação da pena, como asseveram Celso Delmanto, Damásio Evangelista de Jesus (2011, p. 198), Julio Fabbrini Mirabete (2010, p. 83) e René Ariel Dotti (NUCCI, 2011, p. 173-175).

⁴⁷ MIRABETE e FABBRINI aduzem que, na teoria geral do direito, o crime é considerado um fato jurídico, e não um ato jurídico, em virtude de ser uma conduta humana que produz efeitos – imposição de pena, notadamente – involuntários (2010, p. 86).

⁴⁸ Sob pena de o trabalho alongar-se demasiadamente e tendo em vista que o tema não guarda relação com o objeto do presente estudo, não se adentrará na discussão acerca das peculiaridades das condutas praticadas por pessoas jurídicas.

didáticas, tais teorias serão abordadas com mais profundidade no tópico subsequente, ressaltando-se apenas que atualmente predomina a teoria finalista, segundo a qual toda vontade é dirigida a um fim, de sorte que não há que se falar em ação – e, conseqüentemente, em tipicidade – quando o agente não atuar culposa ou dolosamente – como ocorre nos casos de coação física irresistível (*vis absoluta*), atos reflexos e estados de inconsciência (BITENCOURT, 2011, p. 632-634).

Assim, por se tratar a ação de um ato de vontade dirigido a um fim e manifestado, pode-se dizer que constituem seus elementos o aspecto intelectual (ou psíquico) e o aspecto volitivo (ou mecânico) (SANTOS, 2008, p. 109). Em outras palavras, para a configuração da conduta é necessária a existência de vontade – assim entendida como um querer ativo, apto a levar o ser humano a praticar livremente um ato – e de consciência – vista como a possibilidade de distinguir entre realidade e ficção (NUCCI, 2011, p. 206-209).

Diferentemente do que ocorreu com a ação, definiu o Código Penal os conceitos de dolo e culpa. Segundo o art. 18 do mencionado diploma, será doloso o comportamento quando o agente quiser o resultado ou assumir o risco de produzi-lo (inciso I) e culposos quando o agente der causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia (inciso II).

Quanto à estrutura, pode-se dizer que o tipo doloso é integrado por dois componentes, quais sejam: a) o tipo objetivo, que consiste na descrição abstrata de uma ação delituosa com todas as suas características, elementos normativos e subjetivos; e b) o tipo subjetivo, que compreende o dolo como elemento intencional. Os tipos culposos, de outra banda, possuem estrutura diversa, onde geralmente está descrito apenas o resultado da conduta (MIRABETE; FABRINNI, 2010, p. 87).

A ação culposa, portanto, não é punível em razão da intenção propriamente dita do agente – normalmente lícita, diga-se de passagem –, mas sim pela inobservância do dever de cuidado objetivo, assim entendido como a obrigação que todos possuem de praticar os atos da vida com as cautelas necessárias para que não se lese ou se exponha a perigo bem jurídico alheio. Assim, a tipicidade será determinada por meio de uma comparação entre o agir do agente e o que se presume que uma pessoa de discernimento e prudência ordinários teria adotado na mesma situação (NUCCI, 2011, p. 240).

Pelo que se expôs, pode-se conceituar a conduta culposa como a “conduta humana voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado” (MIRABETE; FABRINNI, 2010, p. 132).

Para Guilherme de Souza Nucci, o melhor critério para se averiguar a previsibilidade – possibilidade que o agente possuía de antever o resultado de sua conduta numa situação normal – é o critério objetivo-subjetivo, perquirindo-se primeiro acerca da diligência e perspicácia comuns à média da sociedade e, após, sobre a capacidade pessoal que o autor possuía de evitar o resultado (2011, p. 240).

Sobre as espécies de culpa, leciona Rogério Greco que a imprudência consiste em fazer algo de forma precipitada ou insensata, terminando por ocasionar um resultado lesivo que era previsível. De outra banda, a negligência consiste em deixar de fazer aquilo que a diligência normal impõe, por descuido ou desatenção. Por fim, a imperícia se dá quando ocorre uma inaptidão, momentânea ou não, do agente para o exercício de arte, profissão ou ofício, guardando, pois, ligação com a atividade profissional (2011, p. 59).

3.1.1.2 Resultado

Sobre esse elemento do tipo, prescreve o art. 13 do Código Penal que o “resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa”. A doutrina, contudo, diverge acerca de sua natureza.

Enquanto a corrente naturalista, aduz que o resultado consiste numa modificação do mundo exterior provocado pelo comportamento voluntário do agente (JESUS, 2011, p. 288), a segunda corrente defende que o resultado indicado no dispositivo é o resultado jurídico (ou normativo), assim entendido como a ofensa a um bem jurídico tutelado pela lei penal, seja por lesão ou perigo concreto de lesão. Isso porque, se se admitisse que o resultado referido no dispositivo é o material (naturalístico), só estariam abrangidos pelo artigo os tipos que pressupõem uma mudança no mundo exterior, excluindo-se, dessa forma, os crimes formais e os de mera conduta (GRECO, 2011, p. 41).

Não obstante o Código Penal tenha expressamente se referido ao critério jurídico na Exposição de Motivos da Reforma de 1984, a corrente doutrinária de maior corpo vê o resultado sob o viés naturalístico, por entender que os delitos de atividade se configuram com a mera realização da conduta e, portanto, pouco se valem da teoria do nexu causal (NUCCI, 2011, p. 210-211).

Vale lembrar que, adotando uma ou outra teoria, nas hipóteses de tentativa o resultado será excepcionado (art. 14, II, Código Penal).

3.1.1.3 Nexu de causalidade

Considerando que o Código Penal estabeleceu que o resultado de que depende a existência do crime somente será imputável a quem lhe deu causa, várias foram as teorias que buscaram definir o conceito de “causa”. Porém, o Código Penal expressamente acolheu a teoria da equivalência dos antecedentes quando estabeleceu no já mencionado art. 13 que “considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Segundo a teoria da *conditio sine qua non*, todos os fatos que antecedem ao resultado, por menor que seja seu grau de contribuição, se equivalem

como causas, desde que tenham sido indispensáveis à ocorrência do resultado (GRECO, 2011, p. 41-42)

Não há, pois, distinção entre causa, assim entendida como aquilo de que algo depende para sua existência, e condição, ou seja, aquilo que permite que a causa produza seus efeitos – seja positivamente, fornecendo os meios e instrumentos para tanto, seja negativamente, afastando os obstáculos que impediriam a produção dos efeitos. Ambas as forças se equivalem já que, sem qualquer delas, o resultado não teria eclodido (MIRABETE; FABRINNI, 2010, p. 97).

Bem por isso que a relação de causalidade não é afetada pela existência de uma concausa, bastando que essa, somada à primeira, tenha influído no resultado, ainda que outros fatores também tenham concorrido para o evento (NUCCI, 2011, p. 212). Somente estará excluído o nexos causal quando houver a superveniência de uma causa relativamente independente que, por si só, for capaz de produzir o resultado, consoante parágrafo primeiro, do dispositivo alhures mencionado.

Para verificar quais os fatos indispensáveis à produção do resultado, é utilizado o processo hipotético de eliminação de Thyren, que consiste em suprimir mentalmente determinado fato da cadeia causal. Se com essa supressão houver alguma mudança no resultado é porque o fato suprimido consiste em causa, e vice-versa (JESUS, 2011, p. 288). De se notar que a extensão da cadeia causal deverá sempre ser limitada pelo elemento subjetivo do tipo, sendo necessário que o agente, além de ter influído para com o resultado, tenha agido de forma dolosa ou culposa – pois sem esse elemento sequer pode se falar em conduta, nos termos que se viu (BITENCOURT, 2011, p. 682).

Nexo de causalidade é, portanto, “a conexão, ou ligação, que existe numa sucessão de acontecimentos, entre a conduta e o resultado” (MIRABETE; FABRINNI, 2010, p. 96), “com relevância suficiente para formar o fato típico” (NUCCI, 2011, p. 211).

3.1.1.4 Tipicidade em sentido estrito

A tipicidade em sentido estrito, modernamente, é vista sob dois aspectos.

Sob o aspecto formal, significa que o fato está descrito na lei como infração penal. O sentido material, por sua vez, agrega à essa previsão a necessidade de efetiva lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico protegido pelo ordenamento penal (ASSUMPÇÃO, 2008, p. 58).

Nas palavras de Rogério Greco, a conjugação desses dois aspectos, permite a aferição da “tipicidade conglobante”. Para o autor, a tipicidade “diz respeito à subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, isto é, a um tipo penal incriminador”. Ocorre que, para definir se um fato é típico, deve-se ir além deste aspecto puramente formal, analisando se a conduta é também antinormativa, isto é, se não é imposta ou fomentada pela lei. Como se não bastasse, a conduta deve ser materialmente típica, implicando na ofensa a bens de relevo para o Direito Penal no caso concreto (2011, p. 32).

Precisamente em razão de não bastar a mera conformidade da conduta praticada com a descrição do tipo para que se configure o delito, é que Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 229-232) e Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 109) defendem que são causas supraleais de exclusão da tipicidade a adequação social – uma vez que se a conduta é aceita socialmente, não poderá ser considerada lesiva a qualquer bem jurídico – e o princípio da insignificância – tendo em vista que lesões ínfimas não são capazes de romper o caráter subsidiário do Direito Penal, de forma a tipificar a conduta.

Sobre o tema, aduz NORONHA:

Certo é que em matéria do *ilícito*, deve ser o direito penal impenetrável, a tudo presidindo e dominando os *tipos legais* que ele define. Mas, no tocante à *licitude*, a vida prática pode apresentar casos que verdadeiramente mostram que a *a lei não esgota o direito*, e, então, excepcionalmente, há de se ir buscar em preceitos de outros ramos jurídicos, no costume e na analogia, a extraordinária licitude da ação típica (2004, p. 103).

Assim, da conjugação de todos os elementos do tipo apontados – ação, resultado, nexo causal e tipicidade em sentido estrito – pode-se concluir que “fato típico é o comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca, em regra, um resultado e é previsto como infração penal” (MIRABETE; FABRINNI, 2010, p. 84). Ausente qualquer uma dessas estruturas no caso concreto, não será típico o fato e, portanto, não haverá que se falar em crime, diante da ausência do primeiro dos elementos integrantes de seu conceito.

3.1.2 Antijuridicidade (ilicitude)

O segundo elemento que deve estar presente para que se configure o delito é a antijuridicidade da conduta. Nos termos que se viu, a proibição de um determinado comportamento pela lei penal, aliada à efetiva lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico, configura a tipicidade da conduta, que deverá, como regra, ser sancionada. Ocorre que, por vezes, a prática dessas condutas proibidas é compreensível e, até mesmo, necessária, de sorte que a imposição de sanção não se faria razoável.

Com esteio nessas hipóteses, é que o Código Penal previu circunstâncias em que a contrariedade ao ordenamento jurídico da conduta será excluída. Pode-se dizer, portanto, que a tipicidade é um indício da antijuridicidade do fato, já que, se praticado um fato típico, presumir-se-á que também é antijurídico, cessando essa presunção somente diante da existência de uma causa que a exclua. O fato típico, dessa feita, só não será contrário ao direito quando estiver protegido pela própria lei penal (MIRABETE; FABRINNI, 2010, p. 100).

Sobre o tema, leciona Edgard Magalhães Noronha:

A ação é antijurídica ou ilícita quando é contrária ao direito. A antijuridicidade exprime uma relação de oposição entre o fato e o direito. Ela se reduz a um juízo, a uma estimativa do comportamento humano, pois o direito penal outra coisa não é

que um complexo de normas que tutelam as exigências ético-sociais. O delito é, pois, a violação de uma dessas normas. Tal conceito se completa por *exclusões*, isto é, pela consideração de causas que excluem a antijuridicidade. Será antijurídico um fato definido na lei penal sempre que não for protegido por causas justificativas, também estabelecidas por ela, como se dá com o art. 23 do Código (2004, p. 100-101).

Com efeito, prescreve o dispositivo alhures mencionado – intitulado de “exclusão da ilicitude⁴⁹” – que “não há crime” quando o agente pratica o fato em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito, sendo o excesso culposo ou doloso punível em quaisquer das hipóteses.

Quanto ao estado de necessidade, não há maiores dificuldade, tendo em vista que o próprio diploma se encarregou de conceitua-lo no artigo subsequente, considerando abarcado por essa excludente de ilicitude “quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”. O estado de necessidade, portanto, “pressupõe um conflito entre titulares de interesses lícitos, legítimos, em que um pode perecer lícitamente para que o outro sobreviva” (MIRABETE; FABRINNI, 2010, p. 161).

Assim como o estado de necessidade, foi a legítima defesa definida pelo próprio diploma penal, da seguinte maneira: “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

O mesmo não ocorreu com o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito. A doutrina, no entanto, costuma apontar que o primeiro caso se refere aos deveres de “intervenção do funcionário na esfera privada para assegurar o cumprimento da lei ou de ordens de superiores da administração pública que podem determinar a realização justificada de tipos legais, como coação, privação de liberdade, violação de domicílio [...]”, etc. (SANTOS, 2008, p. 264).

Ao contrário da hipótese anterior, o exercício regular do direito decorre não de uma obrigação imposta em lei, mas sim de uma faculdade conferida pelo direito (MIRABETE; FABRINNI, 2010, p. 175). É o desempenho de uma conduta autorizada por lei, que torna lícito um fato típico. Se alguém exercita um *direito* previsto e autorizado de algum modo pelo ordenamento jurídico, não pode ser punido como se praticasse delito” (NUCCI, 2011, p. 298).

Além das mencionadas causas – denominadas de gerais, porquanto aplicáveis em tese a todos os delitos – existem outras causas excludentes da antijuridicidade em dispositivos esparsos da parte especial do Código Penal, previstas para delitos específicos. É o que ocorre, por exemplo, com as hipóteses de aborto necessário e aborto no caso de gravidez resultante de estupro (art. 128 do Código Penal), de intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante

⁴⁹ Essas normas também são chamadas de “permissivas”, tendo em vista que, ao excluírem a antijuridicidade, permitem a prática de fato típico.

legal, se justificada por iminente perigo de vida e da coação exercida para impedir suicídio⁵⁰ (art. 146, §3º, do Código Penal) (MIRABETE; FABRINNI, 2010, p. 167).

Em arremate, vale destacar que a doutrina debate sobre a existência de outras causas justificadoras gerais que não as previstas no art. 23 do diploma penal – por isso denominadas de “causas excludentes de ilicitude supraleais”. Seria o caso, por exemplo, do consentimento do ofendido, nas hipóteses em que a vítima possuir capacidade para consentir, que o bem jurídico for disponível e que o consentimento for anterior ou simultâneo à agressão (JESUS, 2011, p. 445-446).

Considerando, pois, que a licitude das condutas é encontrada por exclusão, se verificado que o fato é típico e que não houve a ocorrência de nenhuma das causas justificadoras acima mencionadas, estará formado o injusto penal, que autorizará a formulação acerca do juízo de culpabilidade do agente (SANTOS, 2008, p. 74). Do contrário, haverá uma conduta típica justificada – já que a eliminação da antijuridicidade não implica na eliminação do elemento da tipicidade⁵¹ (MIRABETE; FABRINNI, 2010, p. 161).

3.1.3 Culpabilidade

Primeiramente, impende destacar que o conceito sob análise é aquele referente à culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico de crime. Não se confunde, portanto, com a culpabilidade analisada quando da fixação da pena-base (art. 59, CP), nem com o princípio que impede a responsabilidade penal objetiva (sem dolo ou culpa) do acusado (GRECO, 2010, p. 08).

Nesse sentido, a culpabilidade corresponde ao juízo de reprovação do agente, ou seja, consiste no nexo causal entre sujeito e conduta ilícita necessário à incidência da pena (ASSUMPÇÃO, 2008, p. 558). Segundo a teoria finalista, são elementos da culpabilidade: a) a imputabilidade⁵²; b) a potencial consciência sobre a ilicitude do fato; e c) a exigibilidade de conduta diversa (SANTOS, 2008, p. 281-282).

3.1.3.1 Imputabilidade

A imputabilidade, conforme já se viu, é a possibilidade de se atribuir, imputar, o fato típico e ilícito, ao agente. Não se confunde, pois, com a capacidade penal, que consiste no “conjunto de condições exigidas para que um sujeito possa tornar-se titular de direitos ou obrigações no campo

⁵⁰ Para Guilherme de Souza Nucci essas mesmas hipóteses não consistem em causas excludente de ilicitude, mas sim da própria tipicidade do delito, pois os dispositivos se referem expressamente a não punibilidade do *fato*, e não do *agente* (2011, p. 229).

⁵¹ A teoria dos elementos negativos do tipo posiciona-se no sentido diametralmente oposto, defendendo que as causas de justificação eliminam a própria tipicidade da conduta (MIRABETE; FABRINNI, 2010, p. 161).

⁵² Diversamente, alguns autores – como Heleno Cláudio Fragoso (1980, p. 202) – entendem que a imputabilidade consiste em pressuposto da culpabilidade e não em um de seus elementos (MIRABETE; FABRINNI, 2010, p. 183).

do Direito Penal”. Essa é analisada em momentos anteriores, e até mesmo posteriores, ao delito, enquanto a imputabilidade é analisada contemporaneamente a ele (MIRABETE; FABRINNI, 2010, p. 108).

O Código Penal estabelece como hipóteses de inimputabilidade: a) doença mental ou falta de desenvolvimento mental completo (art. 26, CP); b) a imaturidade em razão da idade (art. 27); e c) a embriaguez completa decorrente de caso fortuito ou força maior (art. 28). A Lei n. 11.343/2006, por sua vez, acrescentou no art. 45 uma hipótese igual à última, apenas substituindo o efeito da *embriaguez* pelo efeito das *drogas*, ou da dependência dessas, sobre o organismo do agente (SANTOS, 2008, p. 298).

Com exceção da inimputabilidade dos sujeitos com idade inferior a dezoito anos – que é fundada em critério exclusivamente biológico e não admite prova em contrário – exigem as demais hipóteses, para permitir a exclusão da culpabilidade, prova de que a condição pessoal do agente ou advinda do caso concreto, tenha impossibilitado, por completo, a sua capacidade de compreender o caráter ilícito do delito, ou de se determinar de acordo com esse entendimento – valendo-se de um critério psicológico, portanto. Precisamente em razão da previsão desses dois critérios é que se pode dizer que o ordenamento jurídico penal brasileiro optou pelo critério biopsicológico para perquirir acerca da inimputabilidade penal (NUCCI, 2011, p. 307-308).

A imputabilidade, portanto, é constituída por um elemento intelectual, qual seja, a capacidade de entender o caráter ilícito do fato, e um elemento volitivo, a saber, a capacidade de se determinar de acordo com esse entendimento. Presume-se, pois, que esses sujeitos – seja por características próprias ou decorrentes do caso concreto – não gozam dessa plena capacidade que permita a imputação de um injusto penal (GRECO, 2011, p. 79-82). Por consequência, também é prejudicada a possibilidade de imposição de pena a esses sujeitos.

Com efeito, será declarada a absolvição imprópria (art. 386, CPP) daqueles que comprovadamente se enquadrarem na primeira hipótese e determinada a sujeição à uma medida de segurança (art. 96, CP).

No segundo caso, como largamente estudado, poderão ser aplicadas às crianças medidas protetivas – sem caráter sancionatório – e aos adolescentes, além dessas, as medidas socioeducativas, que visam sua responsabilização. Nesse caso, a verificação da ocorrência de ato infracional dependerá da remissão aos conceitos de tipicidade e ilicitude já vistos, sendo a culpabilidade, contudo, mitigada – consoante será melhor demonstrado no capítulo seguinte.

Não prevê a lei a imposição de medida específica para aqueles que estiverem embriagados em razão de caso fortuito ou força maior, determinando, todavia, a possibilidade de encaminhamento a tratamento médico quando se tratar da influência de tóxicos nas mesmas condições (art. 45, parágrafo único, Lei n. 11.343/2006), bem como a internação hospitalar ou extra-hospitalar quando se tratar de dependente químico (art. 47, Lei n. 11.343/2006) (SANTOS, 2008, p. 299).

Por todo o exposto, de se concluir que a imputabilidade é a regra no Direito Penal e só será excluída – acarretando, por consequência, a supressão da própria culpabilidade – quando da ocorrência de uma das situações alhures mencionadas, pois nessas hipóteses a conduta do agente não pode ser considerada reprovável em razão de ele não possuir grau de capacidade psíquica que lhe permita compreender a antijuridicidade do fato e de adequar sua conduta de acordo com essa consciência (MIRABETE; FABRINNI, 2010, p. 195-196).

3.1.3.2 Consciência potencial da ilicitude

A potencial consciência da ilicitude diz respeito à possibilidade “de o agente de uma conduta proibida, na situação concreta, apreender a ilicitude de seu comportamento (SANZO BRODT, 1996, p. 17-18, *apud* GRECO, 2011, p. 67-68). É ela excepcionada nas hipóteses de erro inevitável sobre a ilicitude do fato e erro inevitável a respeito do fato que configuraria uma discriminante (discriminantes putativas)⁵³ (MIRABETE; FABRINNI, 2010, p. 184).

Erro, no sentido empregado pelo Código Penal, abrange tanto o erro propriamente dito, ou seja, a falsa representação da realidade ou o falso conhecimento de um objetivo, como a ignorância, a qual consiste numa falta de representação da realidade ou no desconhecimento total do objeto. Adota a teoria unitária, portanto (NORONHA, 2004, p. 150).

A primeira hipótese, segundo a teoria finalista, ocorre quando, diante das circunstâncias fáticas, o agente não tinha noção (consciência atual), nem poderia ter (consciência potencial), de estar praticando um ilícito penal (art. 21, CP). Existe em razão de ser possível que o agente queira praticar uma conduta típica, sem possuir, contudo a noção de que ela é proibida (NUCCI, 2011, p. 363). A *contrario sensu*, será evitável (inescusável) o erro sobre a ilicitude do fato quando se poderia exigir do autor que investigasse sobre a possibilidade ou não de praticar o fato, de sorte que a culpabilidade não será excluída, havendo, no máximo, uma redução do *quantum* da pena, conforme o caso (art. 21, parágrafo único, CP) (MIRABETE; FABRINNI, 2010, p. 190).

A segunda hipótese ocorre quando o agente pressupõe que estão presentes no caso concreto alguma das causas excludentes da ilicitude quando, na verdade, não estão. Bem por isso, são chamadas de “discriminantes putativas” e, igualmente, excluem a culpabilidade (art. 20, §1º, CP). Difere da primeira hipótese pois, aqui, o agente sabe que está cometendo um fato típico, embora acredite que está acobertado por uma excludente de ilicitude (JESUS, 2011, p. 354-355).

As discriminantes putativas podem ser de três espécies: a) erro quanto aos pressupostos fáticos de uma causa de exclusão de ilicitude; b) erro quanto à existência de uma excludente de ilicitude; e c) erro quanto aos limites de uma excludente de ilicitude. Não obstante seja a doutrina pacífica quanto à natureza dessas duas últimas categorias como erros de proibição, diverge a doutrina

⁵³ Os autores entendem que a obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico também consiste num caso especial de erro de proibição.

quanto à primeira. Defende a teoria limitada da culpabilidade que se trata de *erro de tipo permissivo*, já que está inserta no dispositivo referente ao *erro de tipo*, de sorte que haveria exclusão do dolo e possibilidade de punição por culpa, quando inescusável. Por outro lado, a teoria extremada da culpabilidade defende se tratar efetivamente de um *erro de proibição*, que implicará na exclusão da culpabilidade (NUCCI, 2011, p. 366-36).

Os erros de proibição, portanto, consistem em exceções à regra da inescusabilidade do desconhecimento da lei e acarretam a exclusão ou atenuação da culpabilidade, conforme o caso (SANTOS, 2008, p. 317). Há, por outro lado, os erros de tipo, que incidem sobre os elementos objetivos do tipo penal, abrangendo suas qualificadoras, causas de aumento e agravantes. Também podem ser de ordem escusável ou inescusável, mas não excluem a culpabilidade, e sim o dolo e/ou a culpa (art. 20, CP) (NUCCI, 2011, p. 361)

Nesse sentido, leciona Juarez Cirino dos Santos, sobre a distinção entre essas duas espécies de erro:

A teoria da culpabilidade, amplamente majoritária na dogmática contemporânea e incorporada na vigente legislação penal brasileira (art. 20, §1º, CP), distingue entre erro de proibição, incidente sobre a natureza proibida ou permitida do fato, que pode excluir ou reduzir a culpabilidade, e erro de tipo permissivo, incidente sobre a verdade do fato, excludente do dolo (SANTOS, 2008, p. 233).

Para o mesmo autor, o método que deve ser empregado quando se perquire acerca da possibilidade de conhecimento do injusto dos tipos penais é o nível de reflexão e informação do autor sobre o injusto específico do tipo legal, uma vez que esse método corresponde à exigência do art. 21 do Código Penal, que define o erro evitável pela possibilidade de *ter* (reflexão) ou de *atingir* (informação) o conhecimento do injusto (2008, p. 317).

3.1.3.3 Exigibilidade de conduta diversa

A exigibilidade de conduta diversa se refere à possibilidade que tinha o agente de, no momento da ação ou da omissão, agir de acordo com o direito, considerando a sua particular condição de pessoa humana (GRECO, 2011, p. 68).

No dizer de Juarez Cirino dos Santos, após serem verificadas a imputabilidade e a consciência potencial da ilicitude, será necessário, antes de se concluir pela culpabilidade do agente, que se investigue acerca da exigibilidade de conduta diversa, a qual será aferida de acordo com normalidade das circunstâncias do fato:

finalmente, o último estágio da pesquisa consiste no exame da *normalidade/anormalidade* das circunstâncias de realização do tipo de injusto por um ator *capaz de culpabilidade*, com conhecimento *real* ou *possível* da proibição concreta: circunstâncias *normais* fundamentam o juízo de *exigibilidade de comportamento conforme o direito*; ao contrário, circunstâncias *anormais* podem constituir *situações de exculpação* que excluem ou reduzem o juízo de *exigibilidade de comportamento conforme o direito*: o autor reprovável pela realização não-

justificada de um tipo de crime, com conhecimento real ou possível de proibição concreta, é *exculpado* pela anormalidade das circunstâncias do fato, que excluem ou reduzem a exigibilidade de conduta diversa (SANTOS, 2008, p. 331).

Tal situação ocorre por não poder o direito “exigir das pessoas comportamentos anormais ou heroicos, pretendendo que a lei penal seja aplicada cegamente, sem uma análise minuciosa da situação concreta na qual se vê envolvido o agente de um injusto” (NUCCI, 2011, p. 315).

O Código Penal trouxe expressamente insculpidas, em seu art. 22, duas hipóteses em que não seria razoável essa exigência: “se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”.

A coação consiste no emprego de força física⁵⁴ ou grave ameaça por parte do coator contra o coato para obriga-lo a praticar um crime contra sua vontade, sob pena de infringência de um mal injusto, grave e irreparável. Assim, a coação tratada pelo dispositivo é a de natureza moral (*vis compulsiva*), pois a coação física irresistível (*vis absoluta*) afasta a própria conduta do agente, diante da inexistência de vontade – nos termos que se viu quando tratado de dolo e culpa (MIRABETE; FABRINNI, 2010, p. 192-193). Nessas hipóteses, a coação

torna *inculpável* a ação do coagido. É exato que este, ao contrário do que ocorre no constrangimento físico, pode *deliberar e resolver*; porém sua vontade não é livre, já que está subordinada à necessidade de evitar um dano maior. Ilícita é sua conduta, porém *não culpável*, dada a *anormalidade* do elemento volitivo (NORONHA, 2004, p. 176).

A obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico ocorre quando o superior emana ordem que tem por objeto a prática de fato definido como crime, cuja ilegalidade, todavia, é oculta ou traz dúvidas para o subordinado, de forma a suscitar nele um conflito entre o dever de obedecer e o dever de não praticar ações típicas não justificadas. Se obedecida a ordem, o fato será, a toda evidência, antijurídico, mas o autor será exculpado “por se encontrar em situação de *inexigibilidade de conduta diversa*, determinado pelo conflito entre *um mal*, representado por sanções administrativas e penais e *causar um mal*, representado pelo fato punível objeto da ordem” (SANTOS, 2008, p. 336-338).

Nessas hipóteses, o fato será típico e antijurídico, mas não culpável, cabendo a punição tão somente ao coator ou ao superior hierárquico. O mesmo não ocorrerá quando a coação for resistível ou quando a ordem não for manifestamente ilegal, pois nesses casos se mostra razoável exigir que o coato ou o subordinasse ajam de forma diversa, conforme o direito. Em decorrência disso permanecerá hígida a culpabilidade, sendo aplicada tão somente a circunstância atenuante prevista pelo art. 65, III, c, do mesmo diploma.

⁵⁴ Os autores exemplificam a situação do gerente de banco que é torturado fisicamente para fornecer a senha do cofre. Não se trata de coação física irresistível pois o coato agirá com vontade ao declinar a combinação, ainda que pelo temor de sofrer novamente. Mas, em razão de a vontade não ter sido livre, será excluída sua culpabilidade.

Sobre a exigibilidade da conduta diversa como causa geral de exclusão da culpabilidade, isso é, fora das hipóteses previstas pelo art. 22 do Código Penal, diverge a doutrina. A primeira corrente defende que os requisitos das dirimentes devem ser expressamente fixados, sob pena de enfraquecimento da prevenção geral do Direito e insegurança jurídica (JESCHECK, 1981, p. 678, *apud*, MIRABETE; FABRINI, 2010, p. 185).

Representa a corrente contrária Guilherme de Souza Nucci que admite que “em certas situações extremadas, quando não for possível aplicar outras excludentes de culpabilidade, a inexigibilidade de conduta *diversa* seja utilizada para evitar a punição injustificada do agente” (2011, p. 322-324).

E bem assim Juarez Cirino dos Santos que, inclusive, indica algumas modalidades de exculpação supraleais, a saber: a) o fato de consciência⁵⁵; b) a provocação pela própria vítima da situação de legítima defesa; c) a desobediência civil e d) o conflito de deveres – ou escolha do mal menor⁵⁶ (2008, p. 343-349).

De todo o exposto, tem-se que a confluência da imputabilidade, da potencial consciência sobre a ilicitude da conduta e da exigibilidade de conduta diversa, configura um juízo acerca da culpabilidade do agente. Somada aos conceitos de tipicidade e antijuridicidade, permite que se verifique sobre a ocorrência do crime – e, com as devidas peculiaridades, do ato infracional –, possibilitando a aplicação de uma pena – ou da medida socioeducativa –, quando a punibilidade não for afastada por causas outras, como as previstas no art. 107 ou nos arts. 181 e 182, todos do Código Penal.

Nesse sentido, precisa é a lição de Eugênio Raúl Zaffaroni acerca do conceito de delito, segundo a teoria analítica finalista:

delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária ao ordenamento jurídico (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que atuasse de outra maneira nessa circunstância lhe é reprovável (culpável) (1986, p. 324, *apud* GRECO, 2011, p. 28).

3.2 Teorias do delito: a superação do paradigma causalista

Como se viu, atualmente o delito costuma ser conceituado sob o aspecto analítico, o qual decompõe o crime em elementos, quais sejam, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade.

⁵⁵ São decisões morais ou religiosas sentidas como deveres incondicionais vinculantes da conduta, asseguradas constitucionalmente (art. 5º, VI) pelo direito fundamental de liberdade de crença e de consciência. É condicionada à proteção do bem jurídico por uma alternativa neutra, não sendo exculpável a conduta se vier a lesionar um bem jurídico. Exemplifica o caso do genitor que se nega a autorizar a transfusão de sangue ao filho por convicções religiosas, que terá sua conduta exculpada se a autorização por suprida por determinação do curador ou do médico, o que não ocorrerá se o filho vier a falecer pela ausência da transfusão (CIRINO, 2008, p. 343-344)

⁵⁶ Exemplifica a situação do médico que substituiu paciente com menores chances de sobrevivência por paciente com maiores chances de sobrevivência em máquina de respiração/circulação artificial (CIRINO, 2008, p. 347).

Alguns autores defendem que a culpabilidade não consiste em um elemento do delito, mas sim em um mero pressuposto para a aplicação da pena, de sorte que o delito estará perfeito ainda que ausente essa característica. A punibilidade geralmente recebe esse mesmo tratamento, mas sua condição de simples consequência do delito, excluída de seu conceito, é mais consensual na doutrina brasileira.

Em apertada síntese, a tipicidade corresponde à adequação do fato ao modelo inscrito na norma jurídica penal proibitiva, enquanto a antijuridicidade corresponde à contrariedade ao ordenamento jurídico, pela inexistência de uma causa que justifique a conduta e, por fim, a culpabilidade consiste na análise da reprovabilidade da conduta do autor.

A inexistência de um desses elementos é prejudicial à existência de outro, de forma que não há que se falar em conduta ilícita se essa não for típica, e assim sucessivamente.

Ocorre que o conceito analítico de crime tal qual estudado no tópico precedente, ou seja, sob o enfoque finalista, não consiste no único modelo de teoria do delito, tendo sido adotadas diferentes concepções ao passo que o conceito de ação e bem assim de cada um dos elementos do crime foi evoluindo.

Passa-se, pois, a análise de algumas das teorias que tomaram maior corpo, em especial no que se refere à sucessão da escola clássica pela escola finalista, já que, ao que tudo indica, essa última permanece dominante na doutrina brasileira, de sorte que a compreensão do conceito de culpabilidade por ela fornecido é imprescindível à averiguação da possibilidade de aplicação das escusas absolutórias ao ato infracional, consoante será demonstrado no capítulo subsequente.

3.2.1 Teoria causalista (ou naturalista, ou causal-naturalista)

Também conhecida como Escola Clássica (ou Tradicional), a teoria causalista despontou entre o final do século XIX e o início do século XX e teve como seus maiores expoentes Ernst Ludwig von Beling, Franz Ritter von Liszt e Gustav Radbruch (GRECO, 2011, p. 30). Essa concepção foi influenciada pelo positivismo científico que vigia à época nas ciências naturais, razão pela qual os juristas também passaram a buscar métodos que empregassem “dados da realidade mensuráveis e empiricamente comprováveis” (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012, p. 256), sob o argumento de que o risco de manipulação subjetiva por parte do intérprete seria reduzido, de forma a atender aos ideais de segurança jurídica. Portanto, foram afastadas as contribuições valorativas das ciências filosófica, psicológica e sociológica (BITENCOURT, 2011, p. 558).

O crime também é analisado de forma tripartida por essa teoria, consistindo num fato típico, antijurídico e culpável. Ocorre que os dois primeiros elementos são de ordem puramente objetiva, sendo apenas o último de ordem subjetiva (GOMES, 2004, p. 61).

Com efeito, entendem os causalistas que a ação consiste pura e simplesmente num movimento corpóreo – um fazer ou não fazer decorrente de um processo biológico interno – que é capaz de produzir uma alteração no mundo exterior (PRADO, 2011, p. 330). Não há, pois, nenhuma

sorte de valoração sobre o querer do agente, bastando para que se possa falar em ação que ele tenha atuado voluntariamente e, assim, produzido um resultado atribuível à sua conduta por meio de um elo causal. Além da ação, integra o conceito de fato típico a tipicidade propriamente dita, assim entendida como a mera adequação da conduta ao tipo penal (MIRABETE, 2011, p. 88).

A antijuridicidade, por sua vez, implica num juízo de desvalor da ação e é analisada unicamente em razão da produção de um resultado juridicamente indesejável. Dito de outra forma, é entendida como consequência da tipicidade e só será excluída diante da presença de uma causa justificante (BITENCOURT, 2011, p. 584). Consequência da análise desse elemento do crime de forma objetiva, é que a antijuridicidade será excluída ainda que o autor desconheça que está agindo sob o manto de uma causa excludente de ilicitude (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012 p. 256-257).

A análise de aspectos subjetivos para os naturalistas ocorre somente quando da averiguação da culpabilidade – cujo pressuposto é a imputabilidade –, compreendida como o vínculo estritamente psicológico que une o autor ao fato por intermédio do dolo (consciência e vontade livres dirigidas a um resultado antijurídico), ou da culpa (conduta voluntária realizada em desatenção a um dever objetivo de cuidado que culmina na produção de um resultado não desejado e nem previsto, embora fosse possível prevê-lo) (JESUS, 2011, p. 504).

Vale mencionar que, ao elevar a culpa e o dolo à categoria de elementos essenciais do crime – ainda que dentro do conceito de culpabilidade –, a teoria causalista extirpou a responsabilidade objetiva do direito penal (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012, p. 256). Não obstante a conquista retromencionada, essa corrente atualmente é alvo de severas críticas, já que dissocia a ação do seu conteúdo, ignorando que toda a ação humana é destinada a um fim, o que em última análise

implica dificuldade, por exemplo, na conceituação da tentativa, pois a tipicidade desta exige que se verifique de imediato a finalidade da ação. Também não se pode explicar convenientemente pela teoria tradicional a tipicidade quando o tipo penal contém elementos subjetivo (finalidade da ação, ânimo do agente etc.), que fazem parte da própria descrição legal e onde a vontade final do agente está indissolivelmente ligada a sua ação (MIRABETE, 2011, p. 88).

Além disso, o naturalismo não confere uma explicação satisfatória para os crimes omissivos, tendo em vista que a omissão não produz naturalmente nenhum resultado modificativo do mundo exterior. Com efeito, “aquele que não age, quando muito, deixa de interferir numa relação de causalidade preexistente, mas não cria uma por si só” (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012, p. 258). A omissão penalmente relevante, portanto, não é de natureza causal, mas sim normativa, decorrente da previsão de um dever legal de agir⁵⁷ (JESUS, 2011, p. 291).

Situação semelhante ocorre com os crimes culposos já que, como se viu, nesses casos a ação é punível não em razão da intenção propriamente dita do agente – normalmente lícita, diga-se de

⁵⁷ Art. 13, §2º, CP - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

passagem –, mas sim pela inobservância de um dever objetivo de cuidado. Dessa forma, não se mostra adequado atribuir à culpa natureza psicológica, integrando-a à culpabilidade como elemento subjetivo, pois seu cunho é, na verdade, normativo, decorrente de uma comparação entre o agir do agente e do que se presume que uma pessoa de discernimento e prudência ordinários teria adotado na mesma situação (GOMES, 2004, p. 63).

Por fim, a concepção ora em estudo pode levar à injustiças nas hipóteses de coação moral irresistível e obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, uma vez que a inexigibilidade de conduta diversa não é analisada sob o aspecto da culpabilidade ou de outro elemento do crime (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012, p. 259).

3.2.3 Teoria teleológica

No início do século XX, mais precisamente no ano de 1907, começa a tomar corpo a teoria teleológica do delito, que tem como principais precursores Reinhard von Frank e Edmund Mezger. Seu aporte teórico é baseado no neokantismo que, diferentemente da escola positiva, procura a autonomia das ciências humanas, não submetendo-as aos padrões de exatidão das ciências naturais, mas sim a valores filosóficos. Assim, para essa escola, não é suficiente à compreensão do crime a análise da mera conformidade entre a conduta e o ordenamento jurídico, sendo necessário perquirir sobre os fins, sobre os valores abarcados pelo Direito Penal, que levaram o legislador a tipificar determinada conduta em detrimento de outra (GOMES, 2004, p. 64).

Como consequência, reformulou o conceito de crime fornecido pela escola causal ao reconhecer que a tipicidade não é composta apenas por elementos objetivos, mas também por elementos que encerram juízos de valor, como os elementos normativos do tipo e os elementos subjetivos do tipo (BITENCOURT, 2011, p. 562-563).

A seu turno, a antijuridicidade deixa de ser vista como a mera ocorrência de um resultado negativo proibido pela norma, adquirindo um aspecto material que demanda a pesquisa sobre a lesividade social da conduta e gradua o injusto proporcionalmente ao dano ocasionado (tipo do injusto). Corolário disso, é que se inexistir lesividade social considerável a conduta não poderá ser considerada antijurídica, ainda que não corresponda a uma das causas de justificação legalmente previstas (PRADO, 2011, p. 351).

Porém, a maior diferença em relação à escola causal ocorre no campo da culpabilidade, a qual passa a ser vista não apenas sob o ângulo da imputabilidade – a qual, ademais, deixa de ser um pressuposto para integrá-la como elemento –, do dolo e da culpa, mas passa a contemplar a inexigibilidade da conduta diversa (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012, p. 260).

É que para Reinhard von Frank

a aplicação de uma pena somente se justifica quando o agente, podendo agir de outro modo, decidiu cometer o crime. Não seria justo, por outro lado, impor a pena

se o sujeito, no momento do fato, não possuía condições psicológicas de comportar-se de maneira distinta (dadas as pressões externas irresistíveis que sofrera). Não se pode considerar reprovável (ou culpável) o ato de alguém que, nas circunstâncias concretas, agiu da forma como qualquer pessoa mediana, em face da situação, teria agido (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012, p. 260).

Assim, pode-se dizer que a culpabilidade deixou de ser vista sob o aspecto puramente psicológico – que ligava o autor imputável ao fato por meio do dolo ou da culpa – e passou a ser analisada sob o aspecto psicológico-normativo, assim entendido como a reprovabilidade da conduta, uma vontade contrária ao dever a ser aferida pelo magistrado (JESUS, 2011, p. 505).

Não obstante tenha a escola neoclássica, com esse último postulado, logrado êxito em resolver a crítica feita à escola antecessora no que tange à injustiça nos casos de coação moral irresistível e ordem de superior hierárquico, também é ela alvo de críticas.

Isso porque a tipicidade continua a ser observada sob um prisma predominantemente objetivo, já que a análise da culpa e do dolo permanece relegada ao campo da culpabilidade. A doutrina reconhece apenas algumas exceções em que a análise subjetiva da intenção do agente é indispensável à verificação da própria existência do injusto – como nos casos de tentativa, por exemplo –, mas isso acabou tornando o sistema contraditório. Por consequência, as críticas feitas à escola causal quanto à insuficiência teórica para explicar os crimes omissivos e culposos permanecem hígdas também para a teoria neoclássica (GOMES, 2004, p. 65).

Como se não bastasse, a fim de resolver os casos referentes aos erros de proibição, a teoria teleológica admite que o dolo é híbrido (normativo), ou seja, que é formado não só pela consciência e vontade da conduta, mas também pela consciência da ilicitude. Ocorre que a adoção dessa concepção dá azo à impunidade dos autores habituais de crime, que podem alegar que em seu meio de vida tais condutas são consideradas normais, de sorte que sua conduta não seria sequer considerada dolosa (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012, p. 262).

3.2.3 Teoria finalista

Na década de 1930, exsurge, através de seu maior representante, Hans Welzel, a teoria finalista do delito, cuja base filosófica consiste em “doutrinas fenomenológico-ontológicas que buscavam dar ênfase a leis estruturais do ser humano e torná-las o fundamento das ciências que se ocupam do homem” (ROXIN, 2007, p. 201, *apud* ESTEFAM; GONÇALVES, 2012, p. 263).

Essa teoria resolveu a crítica feita às teorias causalista e teleológica que dissociavam a ação do seu conteúdo, ignorando que toda a ação humana é destinada a um fim. Com efeito, nas palavras do próprio Hans Welzel a

ação humana é exercício de atividade final. A ação é, portanto, um acontecer “final” e não puramente “causal”. A “finalidade” ou o caráter final da ação baseia-se em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta. Em razão de seu saber causal prévio pode dirigir os diferentes atos de sua atividade de tal forma que oriente o acontecer causal

exterior a um fim e assim o determine finalmente” (1997, p. 53, *apud* BITENCOURT, 2011, p. 566).

Diante das premissas de que a ação não consiste num mero movimento corpóreo decorrente de um processo biológico interno, de que é sempre destinada a um fim – seja ele lícito ou ilícito –, e de que todo fim é doloso ou culposo, redefiniu o conceito de ação ao transladar a finalidade (dolo ou culpa) do elemento da culpabilidade para o próprio tipo (JESUS, 2011, p. 276). “Em suma, a vontade constitui elemento indispensável à ação típica de qualquer crime, sendo seu próprio cerne. O conteúdo de formação dessa vontade, no entanto, é que deverá ser reservado à culpabilidade” (MIRABETE; FABRINNI, 2011, p. 89).

O tipo, portanto, não é mais visto sob o aspecto eminentemente objetivo e possui como seus componentes a conduta (dolosa ou culposa), a tipicidade em sentido estrito, o resultado e o nexo de causalidade – os dois últimos nos crimes materiais, como se viu (PRADO, 2011, p. 339).

O mesmo se diz em relação à antijuridicidade que, não obstante continue sendo vista como a contrariedade da conduta ao ordenamento jurídico, agora exige para sua exclusão que as causas justificativas sejam analisadas também sob o aspecto subjetivo. Em outras palavras, as causas excludentes de ilicitude somente serão admitidas se o agente souber que está praticando o fato típico sob o manto de alguma delas (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012, p. 264).

Ademais, porquanto transladados o dolo e a culpa para o tipo, a culpabilidade passa a ser averiguada de forma puramente normativa. Ou seja, é composta por elementos que se restringem a demonstrar a reprovabilidade da conduta, quais sejam, a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e agora também a potencial consciência de ilicitude (GOMES, 2004, p. 71).

É que, ao contrário dos neoclássicos, os finalistas defendem que o dolo não deve ser analisado sob uma concepção híbrida, pois é essencialmente subjetivo – vale dizer, natural –, de sorte que não comporta elementos normativos como a consciência da ilicitude. Em razão disso, é ela desvinculada do dolo e permanece como elemento da culpabilidade. Não se exige, porém, que essa consciência seja atual, bastando apenas que seja potencial (JESUS, 2011, p. 507). Bem por isso, é que a culpabilidade, do ponto de vista da teoria finalista, é denominada de normativa pura (BITENCOURT; 2011, p. 588).

Do cotejo do exposto até agora com o ordenamento jurídico pátrio, conclui-se que o Código Penal de 1940 foi elaborado predominante sob a luz da Teoria Causalista – conforme se infere da forma pela qual o diploma dispunha sobre o tipo objetivo e sobre a localização do dolo e da culpa no campo da culpabilidade –, tendo em vista que, à época, a escola clássica contava com notáveis penalistas, a exemplo de Edgard Magalhães Noronha (2004, p. 99), Heleno Claudio Fragoso e Nélson Hungria (1978, p. 9-29). Contudo, a teoria finalista foi progressivamente ganhando corpo, até que foi positivada no ano de 1984, com a reforma da parte geral do Código Penal, e passou a contar com adeptos como Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 567-561), Damásio Evangelista de Jesus (2011, p. 08), Júlio Fabrinni Mirabete (2011, p. 89) e Luiz Régis Prado (2011, p. 339) (MASI, 2012, p. 03).

Mesmo os adeptos dessa última teoria reconhecem e apontam a existência de outras teorias – a exemplo da social, das funcionalistas e da constitucional – que visam reestruturar o conceito de delito sob o argumento de que a teoria finalista atualmente se mostra insuficiente. Contudo, essas correntes ainda encontram-se em estado incipiente de desenvolvimento e acolhida no direito brasileiro e, igualmente, não são isentas de críticas. Por esse motivo, é que foram adotados os postulados da teoria finalista quando do estudo do conceito analítico de crime, os quais servirão, ademais, de base para a compreensão do conceito de culpabilidade mitigada no ato infracional e sua influência na possibilidade, ou não, de aplicação das escusas absolutórias à população infanto-juvenil.

3.3 Escusas absolutórias

O capítulo VIII, do título II, da Parte Especial, do Código Penal de 1940 trata sobre disposições gerais aplicáveis aos crimes contra patrimônio – comumente denominadas pela doutrina de “escusas absolutórias” –, as quais têm o condão de isentar de pena o agente que possui ou possuía com a vítima determinado vínculo afetivo e/ou familiar.

O instituto não é atual e, tampouco, exclusivo do direito pátrio. Com efeito, sua origem remete ao direito romano e encontrou diferentes justificativas conforme as concepções políticas e sociais de “família” foram evoluindo. Como aponta Néelson Hungria:

a razão dessa imunidade nasceu, no direito romano, fundada na *copropriedade familiar*. Posteriormente, vieram outros argumentos: a) evitar a cizânia entre os membros da família; b) proteger a intimidade familiar; c) não dar cabo ao prestígio auferido pela família (1978, p. 324, *apud* NUCCI, 2011, p. 795)

Não obstante sua antiguidade, as escusas absolutórias só encontraram acolhida no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação do Código Criminal do Império de 1830⁵⁸ e do Código Penal Republicano de 1890⁵⁹ que, contudo, restringiram-nas ao delito de furto (PRADO, 2008, p. 526).

O Código Penal de 1940 seguiu linha diferente, ampliando seu âmbito de abrangência para, salvo algumas exceções a serem estudadas, todos os delitos contra o patrimônio cometidos sem violência ou grave ameaça, conforme se infere dos dispositivos pertinentes:

Art. 181 - É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:

I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;

II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

Art. 182 - Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:

⁵⁸ Art. 262. Não se dará acção de furto entre marido, e mulher, ascendentes, e descendentes, e afins, nos mesmos grãos; nem por ella poderão ser demandados os viuvos, ou viuvvas, quanto ás cousas, que pertenceram ao conjuge morto, tendo-se sómente lugar em todos estes casos a acção civil para a satisfação.

⁵⁹ Art. 335. A acção criminal de furto não terá logar entre marido e mulher, salvo havendo separação judicial de pessoa e bens, ascendentes, descendentes, e afins nos mesmos grãos.

- I - do cônjuge desquitado ou judicialmente separado;
 - II - de irmão, legítimo ou ilegítimo;
 - III - de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.
- Art. 183 - Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores:
- I - se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa;
 - II - ao estranho que participa do crime.
 - III - se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Da simples leitura dos artigos, é possível notar que a referência que se faz não é à exclusão de nenhum dos três elementos integrantes do conceito de delito – tipicidade, antijuridicidade (ilicitude) e culpabilidade, segundo a já estudada concepção analítica finalista – mas sim à “isenção de pena”, o que leva a concluir que o delito estará formalmente perfectibilizado, não sendo apenas punível.

Boa parte da atual doutrina brasileira⁶⁰ defende que, além do rol desses dispositivos, há outra previsão de escusa absolutória especificamente para o delito de favorecimento pessoal, já que nesse caso a pena também deixará de ser aplicada, apesar de a conduta ser típica, antijurídica e culpável:

- Art. 348 - Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão:
- Pena - detenção, de um a seis meses, e multa.
- § 1º - Se ao crime não é cominada pena de reclusão:
- Pena - detenção, de quinze dias a três meses, e multa.
- § 2º - Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena.

Em sentido contrário posicionam-se Julio Fabbrini Mirabete (2000, p. 428, *apud* FERRO, 2003, p. 46) e Luiz Régis Prado (2010, p. 660), para os quais o dispositivo guarda caráter de excludente de culpabilidade em razão da inexistência de exigibilidade de conduta diversa, advinda da coercibilidade dos laços afetivos e familiares.

Igualmente, não há consenso sobre a natureza jurídica desse instituto, sobre a terminologia mais adequada ou sobre as razões que levaram à sua positivação.

Quanto à natureza jurídica, destaca Ana Luiza Almeida Ferro a existência de quatro correntes principais, as quais visualizam as escusas absolutórias como: a) condição negativa de punibilidade; b) causa pessoal de exclusão de pena; c) inexigibilidade de conduta diversa; e d) causa extintiva da punibilidade (2003, p. 17-21).

A primeira corrente é integrada por autores, como Heleno Fragoso (p. 226, *apud* FERRO, 2003, p. 18), que defendem serem as escusas absolutórias condições *negativas* de punibilidade. Com efeito, condições *objetivas* de punibilidade são fatores, eleitos por questões de política criminal, que condicionam o surgimento do poder-dever de punir do Estado (*ius puniendi*) à circunstâncias que não constam da sua descrição típica – exteriores, portanto – razão pela qual incidem independentemente da

⁶⁰ Representada por autores como Ana Luiza Almeida Ferro (2003, p. 09), Cezar Roberto Bitencourt (2012b, p. 954), Julio Fabbrini Mirabete (2000, p. 428, *apud* FERRO, 2003, p. 468), Paulo Sumariva (2012, p. 167), Rogério Sanches Cunha (2010, p. 493) e Victor Eduardo Rio Gonçalves (2011, p. 282).

averiguação do dolo do agente no momento da realização da conduta. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012, p. 59, e p. 190, e p. 228, e p. 669).

As escusas absolutórias, todavia são consideradas pelos defensores dessa corrente como condições *negativas* de punibilidade, por se assemelharem àquelas no tocante ao fato de o crime estar perfeitamente estruturado, sendo excluída tão somente a aplicação da pena (PRADO, 2011, p. 805), mas diferirem das condições *objetivas* nos seguintes pontos:

- a) as primeiras antecipam-se ao momento consumativo da infração, ou seja, excluem a imposição da pena desde o começo, enquanto as últimas são eventos futuros e incertos;
- b) as primeiras são formuladas de maneira negativa, representando [...] condições negativas de punibilidade do delito, sua presença elidindo a punibilidade do ilícito; já as segundas se apresentam de modo positivo, isto é, seu advento autoriza a punibilidade do crime; e
- c) as primeiras, estabelecidas taxativamente pela lei, não se comunicam aos eventuais partícipes, não detentores das características personalíssimas demandas, uma vez que são causas pessoais de isenção de pena, ao passo que as últimas, quando ausentes impossibilitam a punição dos coautores ou partícipes (FERRO, 2003, p. 24).

A segunda corrente, composta por doutrinadores como Assis Toledo (2004, p. 158, *apud* FERRO, 2003, p. 18-19), conceitua as escusas absolutórias como causas pessoais de exclusão de pena. Com efeito, para Rogério Greco não se tratam de condições de procedibilidade ou negativas de punibilidade, mas sim de imunidades pessoais de caráter penal (2011, p. 573), assim conceituas por Guilherme de Souza Nucci como privilégios de natureza pessoal, desfrutados por conta de alguma condição ou circunstância de caráter pessoal – *in casu* laços familiares e/ou afetivos entre os envolvidos – que obstam a imposição de pena (NUCCI, 2011, p. 794)

Nesse ponto, impende salientar que há uma posição intermediária, a qual se filiam Luiz Régis Prado (2011, p. 810-811) e o próprio Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 794), que admite serem as escusas absolutórias, ao mesmo tempo, condições negativas de punibilidade e causas pessoais de exclusão de pena.

À terceira corrente fez-se referência quando mencionado porque alguns autores não admitem que o art. 348 do Código Penal também consiste em uma hipótese de escusa absolutória. Para esses estudiosos, dentre os quais destaca-se Raul Carranca y Trujillo (1970, p. 378, *apud* FERRO, 2003, p. 20), as escusas absolutórias não passam de causas excludentes da culpabilidade, em razão da inexistência de exigibilidade de conduta diversa, advinda da coercibilidade dos laços afetivos e familiares.

Por fim, a última linha, seguida por José Frederico Marques (1990, p. 60, *apud* FERRO, 2003, p. 20) que, por sua vez, é citado por Damásio de Jesus (2011, p. 723), se fundamenta no raciocínio de que são as escusas absolutórias causas extintivas da punibilidade, uma vez que acarretam os mesmos efeitos dessas, previstas no art. 107 do Código Penal.

Essa corrente é criticada por André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves, os quais aduzem que

as causas extintivas da punibilidade não se confundem com as escusas absolutórias. Naquelas, o direito de punir do Estado surge em um primeiro momento e, posteriormente, é fulminado pela causa extintiva. Já as escusas são, em verdade, excludentes de punibilidade, pois, nas hipóteses previstas em lei (normalmente decorrentes de parentesco entre autor do crime e vítima), sequer surge para o Estado o direito de punir, apesar de o fato ser típico e antijurídico (2012, p. 669).

Ana Luiza Almeida Ferro acrescenta que as escusas absolutórias também não se confundem com o perdão judicial pois

as primeiras são anunciadas pela fórmula legal “é isento de pena” ou “fica isento de pena, são taxativa e obrigatoriamente impostas pela lei penal, não deixam margem de discricionariedade ao magistrado e são reconhecidas em sentença meramente declaratória, enquanto o segundo é detectado pela asserção legal de que “o juiz pode deixar de aplicar a pena” (ou uma de suas variações), é aplicado por exercício de “faculdade” legal conferida ao juiz, permite uma inevitável dose de subjetividade na apreciação valorativa do caso concreto e é concedido em sentença constitutiva (2003, p. 162-163).

Não obstante a cizânia quanto à natureza, converge a doutrina quanto a seus efeitos que, como se viu, consistem “na liberação do sujeito ativo de qualquer consequência penal pelos atos previstos na norma” (FERRO, 2003, p. 15).

Controvertida também é a questão sobre quais os motivos que culminaram na sua incorporação pelo Código Penal, admitindo alguns que isso se deu em razões de mera política criminal, enquanto outros acreditam que foram motivos de ordem utilitária⁶¹, além daqueles que assumem tratar-se de fundamentos éticos⁶². Mas, como preleciona Ana Luiza Almeida Ferro, a maioria deles pode ser abarcada genericamente pela expressão “razões de política criminal”, razão pela qual provavelmente é a *ratio* defendida pela maior parte da doutrina nacional⁶³ (2003, p. 40).

Tanto é assim que, não raro, essas hipóteses são tratadas pelos autores como expressões praticamente sinônimas, a exemplo do que se verifica em Guilherme de Souza Nucci, quando afirma que o afastamento da punibilidade nessas hipóteses ocorre “por razões de política criminal, levando em conta motivos de ordem utilitária e baseando-se na circunstância de existirem laços familiares ou afetivos entre os envolvidos” (2011, p. 794).

Os fundamentos comumente apontados pela doutrina não diferem muito daqueles arrolados por Nelson Hungria quando se referiu à evolução histórica do instituto, consistindo ora na premissa de que o patrimônio familiar é de certa forma comum – de sorte que não haveria a elementar do tipo “alheio”, exigida para a configuração da maior parte dos tipos patrimoniais –, ora de que devem ser preservadas a harmonia e a honra familiar, e ora de que o delito nesses casos possui menor

⁶¹ A exemplo de Damásio Evangelista Jesus (2011, p. 722) e Luiz Régis Prado (2008, p. 527).

⁶² Como Ana Luiza Almeida Ferro, Edgard Magalhães Noronha (1999, p.514-515) e Vicente Sabino Júnior (1967 p. 798) (FERRO, 2003, p. 38-39).

⁶³ Nesse sentido, Ariosvaldo de Campos Pires (1990, p. 271), Assis Toledo (2004, p. 158), Celso Delmanto (1986, p. 331), Damásio Evangelista de Jesus (1994, p. 495), Heleno Cláudio Fragoso (1980, p. 227), Nelson Hungria (1978, p. 324) e Sheila Jorge Selim de Sales (1993, p. 83) (FERRO, 2003, p. 37).

potencialidade lesiva. Assim, pode-se dizer que não há apenas um elemento que justifica a adoção das escusas absolutórias, mas sim vários (FERRO, 2003, p. 38-39).

A inexistência de consenso quanto à natureza jurídica das escusas absolutórias, bem como quanto à razão de terem sido acolhidas pelo ordenamento pátrio, logicamente implica na cizânia também quanto à melhor terminologia a ser empregada. Como se viu, Rogério Greco (2011, p. 573) emprega as denominações “escusas absolutórias” e “imunidades penais”. Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 794), por sua vez, menciona as expressões “imunidade”, “impunibilidade”, “escusa absolutória”, “condição negativa de punibilidade” e “causa pessoal de exclusão da pena”. Damásio Evangelista de Jesus (2011, p. 722) também faz menção as “escusas absolutórias”, além de “causas de exclusão da pena” e “causas de isenção de pena”.

Da análise de apenas três autores, já é possível perceber que as referências são inúmeras, razão pela qual se deixa de fazer menção às demais denominações empregadas por outros estudiosos, atendo-se à expressão “escusa absolutória”, porquanto já consagrada em maior ou menor grau pela doutrina pátria. Sobre a adequação desse termo, preceitua Ana Luiz Almeida Ferro que

qualquer que seja a denominação adotada, todas, de uma forma ou de outra, em maior ou menor grau, refletem uma característica ou a própria natureza jurídica do tem em apreciação. Mas, sem dúvida, o *nomen iuris* mais difundido – “escusas absolutórias” – revela grande abrangência de significado, por indicar um efeito da aplicação do instituto que é unanimemente aceito pela doutrina (a liberação do sujeito ativo de qualquer consequência penal pelos atos previstos na norma). Ademais, possui a vantagem de não ensejar confusão em relação a outros institutos, como acontece, por exemplo, com expressões do tipo “imunidade penal absoluta” (lembremos a existência das imunidades diplomáticas, das imunidades parlamentares materiais ou processuais, da imunidade para servir de testemunha e da imunidade judiciária do advogado) (2003, p. 15).

Independente da denominação empregada, costuma a doutrina fracionar o estudo das escusas conforme seus efeitos, denominando-as de *absolutas* quando realmente isentam o agente de pena, e de *relativas* quando apenas condicionam o início da ação penal à representação do ofendido (CABETTE, 2012, p. 199).

Salutar, pois, uma rápida incursão sobre cada uma dessas hipóteses.

3.3.1 Escusas absolutas (ou absolutórias, propriamente ditas)

Primeiramente, impende salientar que o Código Penal data da década de 1940 e, não obstante tenha sido modificado por um sem número de leis supervenientes, a parte que se refere às escusas absolutórias permaneceu praticamente irretocada desde então – salvo pelo acréscimo de um inciso pelo Estatuto do Idoso, conforme se verá. Não é de se estranhar, portanto, que alguns termos empregados pelo diploma encontram-se em descompasso com a Constituição Federal de 1988, razão pela qual sua análise deverá se fundar no cuidado em adequá-los à legislação vigente.

Com efeito, não mais subsiste a diferenciação entre parentesco legítimo (advindo de relações conjugais) e ilegítimo (advindo de relações extraconjugais), pois o art. 227, §6º, da CRFB/1988 expressamente dispõe que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Embora persista no Código Civil⁶⁴ a diferenciação entre filiação natural (biológica) e civil (qualquer outra origem), vê-se que tal não poderá ser invocado para justificar diferenciações, pois o dispositivo retromencionado também se refere expressamente à adoção.

O mesmo se diz em relação ao “desquite” – que consistia na separação legal dos cônjuges e seus bens, sem contudo dissolver o vínculo matrimonial⁶⁵ – já que, com o advento da Emenda Constitucional n. 9, da Lei n. 6.515, ambas de 1977, e da Emenda Constitucional n. 66/2010, veio a ser substituído pela separação e pelo divórcio, os quais efetivamente põe término ao enlace matrimonial. Por fim, não custa repisar que embora os substantivos tenham sido empregados no gênero masculino também se aplicam ao gênero feminino, por força da igualdade de direitos e deveres constitucionalmente assegurada (art. 5º, I).

Ultrapassado esse ponto, passa-se à análise das escusas absolutórias propriamente ditas.

Para Guilherme de Souza Nucci, essas hipóteses de exclusão de pena são denominadas de *absolutas* em virtude de não admitirem prova em contrário, de não serem passíveis de renúncia e de seu reconhecimento consistir numa obrigação, e não em uma faculdade do magistrado (2011, p. 794).

A primeira hipótese determina a isenção de pena do agente que comete crime patrimonial contra o cônjuge, na constância da sociedade conjugal (art. 181, I, CP).

A maioria da doutrina entende que a expressão “durante a constância da sociedade conjugal” significa desde a realização do casamento civil – não extensível ao casamento religioso sem esses efeitos, portanto – até sua regular dissolução, sendo aplicada a causa de isenção mesmo se o casal estava separado de fato, já que o vínculo matrimonial permanece juridicamente inalterado⁶⁶ (CUNHA, 2010, p. 208).

É controversa a questão quanto à possibilidade de extensão dessa escusa à união estável. Argumenta a corrente favorável⁶⁷ que a união estável passou a ser constitucionalmente reconhecida como uma entidade familiar (art. 26) razão pela qual os companheiros também fazem *jus* à isenção de pena, já que o fundamento dessa escusa é justamente a preservação dos vínculos familiares. Mais ainda, é uma exigência do princípio da isonomia, já que uma situação praticamente idêntica a do casamento estaria recebendo tratamento diferenciado, menos benéfico (GONÇALVES, 2011, p. 472).

⁶⁴ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

⁶⁵ Art. 322 do Código Civil de 1916 - A sentença do desquite autoriza a separação dos conjugues, e põe termo ao regime matrimonial dos bens, como se o casamento fosse anulado (art. 267, n. III).

⁶⁶ A exemplo de Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 382), Eduardo Luiz Santos Cabette (2012, p. 200), Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 797), Rogério Greco (2011, p. 573-574) e Victor Eduardo Rio Gonçalves (2011, p. 472).

⁶⁷ Integrada por autores como Damásio de Jesus (1994, p. 645, *apud* NUCCI, 2011, p. 797), Eduardo Luiz Santos Cabette (2012, p. 199), Rogério Greco (2011, p. 573-574) e Rogério Sanches Cunha (2010, p. 208).

Luiz Régis Prado acrescenta, contudo, que para tanto não poderá haver óbices à conversão da união estável em casamento⁶⁸, além de ser necessário que a união esteja devidamente formalizada – seja por contrato de convivência ou sentença declaratória (2008, p. 526-527).

A corrente contrária é aqui apresentada através do pensamento de Guilherme de Souza Nucci, para o qual a expressão “cônjuge” deve ser interpretada restritivamente, não abrangendo o companheiro ou a concubina⁶⁹. Isso porque a própria Constituição define que a união estável e o casamento são institutos diversos, tanto é que determina que a lei facilite a conversão do primeiro no segundo. Aduz, ainda, que raciocinar de forma diversa levaria a uma situação onde o companheiro poderia ser admitido como autor da prática do crime de bigamia, pois “se não é possível alargar o conteúdo da norma penal incriminadora que protege a família e o casamento, também não o é para aplicação da imunidade”.

Eduardo Luiz Santos Cabette contesta esse raciocínio, sob o argumento de que o autor

confunde o tratamento de normas penais punitivas com o de normas benéficas ao réu, que é o caso da imunidade absoluta. Nessa situação cabe analogia porque esta é *in bonam partem*; no caso da bigamia, obviamente é incabível, pois que seria *in malam partem*. Não há razão para excluir os companheiros do benefício (*ubi eadem ratio, ibi eadem jus* – onde há os mesmos motivos, deve-se aplicar o mesmo direito). A única diferença será a prova da união estável. Enquanto no casamento a prova é documental (Certidão de Casamento), na união estável deverá perpassar pela prova testemunhal, pela palavra dos companheiros e até pela prova documental (v.g. casamento religioso, contratos de aluguel comuns, filhos comuns etc.) (2012, p. 200).

Em segundo lugar, tem-se a isenção de pena quando o ascendente pratica crime patrimonial contra o descendente, e vice-versa (art. 181, II, CP). Importante salientar que a lei não estabelece limite ao grau de parentesco, podendo a cadeia se estender *ad infinitum* (BITENCOURT, 2012, p. 381).

A consequência do reconhecimento de qualquer uma dessas duas hipóteses de imunidade é:

[...] o desaparecimento da pretensão punitiva, não subsistindo, portanto, interesse de agir por parte do Estado, através do *parquet*, para o oferecimento da ação penal. Toda sanção penal é atingida pela causa de impunidade. O mesmo não acontece com as consequências no âmbito civil, estando o perpetrador do ilícito (não é apagado o traço de antijuridicidade ou tipicidade da conduta) sujeito, por exemplo, à reparação do dano (FERRO, 2003, p. 42).

Justamente pelo fato de essas hipóteses serem impuníveis *ex lege*, é que a autoridade policial não poderá sequer instaurar inquérito caso constate que o delito foi cometido por autor que

⁶⁸ Art. 1.723. [...] §1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

⁶⁹ Art. 1.727 do CC - As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

estava envolto sob o manto de uma escusa absolutória, devendo remeter os autos ao Ministério Público para arquivamento caso essa circunstância tenha sido descoberta após a instauração (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012, p. 669).

3.3.2 Escusas relativas (ou processuais)

Como se viu, as escusas previstas pelo art. 182 do Código Penal só isentarão de pena o agente quando o ofendido optar por não representar contra ele. Em razão disso, Cezar Roberto Bitencourt afirma que “na verdade, não se trata de *imunidade*, absoluta ou relativa, mas simplesmente de alteração da *espécie de ação penal*, condicionada à *representação* do ofendido”. É, pois, uma condição de procedibilidade para que a autoridade policial instaure o procedimento investigativo e para que o Ministério Público dê início à ação penal (2012, p. 380-381).

Como primeira dessas hipóteses, tem-se a prática de crime patrimonial contra o cônjuge judicialmente separado (art. 182, I, do CP). Rogério Greco esclarece que a separação mencionada no dispositivo é a que põe fim à sociedade conjugal, após o trânsito em julgado da sentença que a decreta, não se confundindo com a separação de corpos prevista pelo art. 1.562 do Código Civil, a qual não é abrangida pela escusa (2011, p. 575).

Nesse ponto, vale lembrar que a Emenda Constitucional n. 66/2010 instituiu o divórcio como forma incondicionada do rompimento do enlace matrimonial, razão pela qual a doutrina civilista diverge sobre se o instituto da separação, porquanto condicionado a uma série de requisitos, continuaria vigente. Não obstante a cizânia quanto à possibilidade de propositura de novas ações de separação, convergem os estudiosos quanto à conservação do estado civil das pessoas já separadas, em atenção à proteção constitucionalmente assegurada do ato jurídico perfeito (art. 5º, inc. XXXVI) (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 358-363), de sorte que a escusa ora em comento continua aplicável pelo menos a essas pessoas.

Pelo exposto até então, tem-se que caberá: a) aos cônjuges na constância da sociedade conjugal, a escusa absoluta; b) aos cônjuges judicialmente separados, a escusa relativa; e c) aos divorciados ou aos que tiveram o casamento anulado, nenhuma espécie de escusa (CABETE, 2012, p. 201).

A segunda hipótese de escusa relativa (ou processual) abrange a prática de crime patrimonial contra o irmão, “quer sejam filhos do mesmo pai e da mesma mãe (irmãos germanos), quer tenham apenas um deles em comum (irmãos unilaterais)” (PRADO, 2008, p. 528).

Por fim, a terceira hipótese giza acerca da lesão a bem jurídico patrimonial pertencente ao tio ou ao sobrinho do autor, desde que haja relação de coabitação entre eles. Por relação de coabitação, entende-se aquela de *animus* duradouro, ou seja, quando autor e vítima efetivamente residem juntos,

não bastando meras visitas esporádicas (CUNHA, 2010, p. 209), nem que os envolvidos morem próximos ou num mesmo terreno (CABETE, 2012, p. 201).

Da análise dos dispositivos, é possível concluir que as escusas implicam na isenção de pena do agente que possua ou tenha possuído laços afetivos e/ou familiares com a vítima do crime patrimonial, excluindo a punibilidade de plano em hipóteses que presumivelmente tratam de laços mais estreitos (art. 181 do CP), ou condicionando a instauração do procedimento investigativo e da ação penal ao desejo do ofendido nos enlaces presumivelmente mais distantes (art. 182 do CP).

Seja tratando de escusa absoluta ou de escusa relativa, a existência do vínculo conjugal, da relação de parentesco – que poderá ser modificada pela adoção, por exemplo – e da coabitação, deverá ser verificada ao tempo do cometimento do crime, e não da instauração do processo ou da prolação da sentença. Assim, o delito não deixará de ser apenado pela superveniência da relação conjugal, familiar ou da coabitação, nem será apenado se esses vínculos posteriormente vierem a se desfazer (BITENCOURT, 2012, p. 380).

Nesse ponto, vale lembrar que a enumeração prevista nos artigos 181 e 182 do Código Penal é taxativa, de sorte que não são as escusas aplicáveis aos parentes afins, ainda que de mesmo grau dos parentes ligados por vínculo biológico ou civil (PRADO, 2008, p. 527).

Em arremate, cabe mencionar a lição de Nelson Hungria sobre a necessidade de o bem jurídico violado ser de propriedade exclusiva e efetiva do cônjuge ou parente do autor. Assim, não incidirão as escusas se o bem só estava na *posse* da vítima – salvo se tratar de bem fungível que foi restituído –, se o bem estava gravado por ônus em favor de terceiro – penhorado, por exemplo –, se o bem era comum à vítima e a terceiro, ou se o bem foi obtido pelo ofendido por meio de crime – pois, nesse caso, a propriedade pertence, em verdade, à outra pessoa (1978, p. 329, *apud* FERRO, 2003, p. 45).

3.3.3 Ressalvas às escusas absolutas e relativas

O art. 183, do Código Penal, versa sobre algumas hipóteses em que não haverá isenção de pena, ainda que o delito tenha sido praticado em alguma das já mencionadas circunstâncias dos arts. 181 e 182, do mesmo diploma. São elas: a) o emprego de grave ameaça ou violência contra a pessoa; b) a idade da vítima, quando em patamar igual ou superior a 60 (sessenta) anos; e c) a coautoria ou participação de agente que não mantenha com a vítima as mesmas relações de parentesco e/ou afinidade que seu comparsa.

Para Rogério Greco, a primeira hipótese (art. 183, I, CP) foi excepcionada em virtude dos crimes que envolvem violência ou grave ameaça serem, de forma geral, pluriativos. Isso é, ofendem não só o patrimônio, que é o bem jurídico abarcado pelas escusas, mas também a higidez física e/ou moral da vítima, bens esses para os quais a lei penal não previu isenção de pena, em virtude

de sua maior relevância. Nessas hipóteses, a reprovabilidade da conduta é consideravelmente mais elevada, não justificando o benefício da exclusão da punibilidade (2011, p. 575). Por serem esses os fundamentos da ressalva, “a violência deve ser contra a pessoa. Se for mera violência contra coisa, não há afastamento da imunidade” (CABETTE, 2012, p. 201).

Consequentemente, não faz *jus* às escusas o agente que praticar crime de roubo, (art. 157, CP), latrocínio (art. 157, §3º, CP), extorsão (art. 158, CP), sequestro relâmpago (art. 158, §3º, CP), extorsão mediante sequestro (art. 159, CP), esbulho possessório (art. 161, §1º, inciso II, CP) ou dano qualificado (art. 163, parágrafo único, I, CP). Há divergência sobre se o delito de extorsão indireta (art. 160, CP) está incluso nesse rol, pois embora não haja no tipo previsão de violência ou grave ameaça, o art. 183, inc. I, do CP, afirma que está excluído das imunidades o crime de extorsão, sem ressalva da modalidade indireta (NUCCI, 2011, p. 796).

Guilherme de Souza Nucci afirma, ainda, que não serão isentos de pena os delitos de dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico (art. 165, CP), alteração de local especialmente protegido (art. 166, CP) e apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, CP), em virtude de possuírem como sujeito passivo o Estado e não pessoas com as quais a vítima seja ligada por laços familiares ou afetivos (2011, p. 797).

A segunda hipótese (art. 183, III, CP) consiste na única alteração realizada nesse capítulo do Código Penal desde 1940. Foi acrescida pela Lei n. 10.741/2003, ou simplesmente Estatuto do Idoso, e tem por escopo “conferir maior proteção ao idoso, em razão do maior desvalor da ação, já que essa qualidade da vítima afasta a possibilidade de uma efetiva reação à ação criminosa e, consequentemente, aumenta a probabilidade de produção do resultado delitivo” (PRADO, 2008, p. 529).

Quanto à última hipótese (art. 183, II, CP), vale destacar que a palavra “partícipe” foi empregada de forma genérica pelo dispositivo, abrangendo evidentemente a coautoria (GONÇALVES, 2011, p. 474). A não exclusão da punibilidade nesse caso se justifica em virtude de o coautor ou partícipe não guardar com a vítima nenhuma relação de parentesco ou afeto, de forma que não se enquadra nas razões de política criminal que determinaram a isenção de pena. Impede, pois, que pessoa estranha ao enlace familiar ou afetivo venha a se beneficiar indevidamente da escusa (GRECO, 2011, p. 576).

Como preleciona Cezar Roberto Bitencourt, é, na verdade, consectário lógico do art. 30 do Código Penal, o qual estabelece que “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”. Assim, considerando que a condição ou estado das pessoas relacionadas nos arts. 181 e 182 do Código Penal não são elementos constitutivos dos crimes patrimoniais, já estaria, de qualquer forma, impedida a extensão da isenção de pena aos coautores e partícipes, ainda que não houvesse a previsão do art. 183, II, do CP (BITENCOURT, 2012, p. 382).

Finalizado o estudo das hipóteses expressamente previstas, vale destacar que há controvérsia sobre se há exclusão da punibilidade quando o agente equivocadamente lesa ou expõe a

perigo patrimônio de terceiro por acreditar que o bem, na verdade, pertence à alguma das pessoas arroladas no art. 181 e 182 do CP, e que, por isso, estará isento de pena.

Há quem entenda, a exemplo de Guilherme de Souza Nucci e Assis Toledo (1994, p. 271), que não, já que não se trata de erro de tipo – uma vez que o agente sabe que o patrimônio é alheio –, e nem de erro de proibição – pois o autor tem conhecimento de que a conduta é ilícita, acreditando apenas que não será punido –, de sorte que permanecem híguas a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade da conduta, e, por consequência, também a sua punibilidade. Além do mais, a razão de política criminal que motiva a isenção de pena, qual seja, evitar a cizânia familiar decorrente do processo, não estaria presente (NUCCI, 2011, p. 796).

Outro argumento em favor dessa conclusão é que as escusas devem ser observadas sempre de forma objetiva, isso é, ou estão presentes no caso concreto, ou não estão, não havendo que se perquirir acerca do ânimo subjetivo do autor. Por outro lado, tal raciocínio leva à conclusão de que na hipótese inversa, ou seja, quando o agente acredita que está lesando ou expondo a perigo patrimônio de terceiro, mas que em verdade pertence a alguma das pessoas arroladas nos dispositivos supramencionados, estará abrangido pelas escusas (NUCCI, 2011, p. 796).

No mesmo sentido, Nelson Hungria, para quem “a pertinência da *res* ao cônjuge ou parente deve ser apreciada *objetivamente*, nada importando a errônea *opinião* ou *suposição* do agente a respeito. O crime não deixa de ser punido por razões ontológicas, mas por mera política criminal” (HUNGRIA, 1978, p. 327, *apud* NUCCI, 2011, p. 796)

Autores como Damásio Evangelista de Jesus (2011, p. 723) e Luiz Régis Prado (2011, p. 251) também sustentam que não deve haver análise de culpa ou dolo quando o agente lesiona ou expõe a perigo o patrimônio de alguma das pessoas arroladas nos arts. 181 e 182 do CP, estando o autor, de qualquer forma, coberto pelas escusas. Por outro lado, defendem que quando o agente está investindo contra o patrimônio de terceiro, mas acredita que se trata de bem pertencente à uma das pessoas inclusas no mencionado rol, apesar de efetivamente não haver erro de tipo, haverá, quando escusável, erro de proibição, o qual implica na exclusão da culpabilidade e da punibilidade de conduta. Nessa hipótese, é como existisse uma espécie de “escusa absolutória putativa” (FERRO, 2003, p. 27-30).

Encerrado o estudo dos dispositivos que cuidam das escusas absolutórias no Código Penal, pode-se notar que em nenhum momento há referência sobre se essas hipóteses de isenção de pena seriam também aplicáveis, ou não, aos adolescentes autores de ato infracional. Tal previsão, igualmente, não consta do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou mesmo em qualquer outro diploma vigente, o que torna controvertida a possibilidade de aplicação do instituto à essa população em situação peculiar de desenvolvimento, que irá variar de acordo com as concepções do operador jurídico sobre a natureza jurídica e a finalidade das medidas socioeducativas e das escusas absolutórias, e sobre conceitos referentes à teoria do delito, como culpabilidade, imputabilidade e punibilidade, consoante será demonstrado no capítulo subsequente.

4 A APLICABILIDADE DAS ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS AO ATO INFRACIONAL

4.1 A estrutura do ato infracional: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade (mitigada)

Como se viu até agora, o art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente preconiza que “considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”. Por sua vez, constatou-se que não há diferença substancial entre crimes e contravenções penais, consistindo ambos em modalidades de delito que, segundo a concepção da teoria finalista, trata-se de uma conduta típica, antijurídica e – segundo a maioria da doutrina, a qual se acompanha – culpável. Consequência disso, é que só poderá se falar em ato infracional quando o adolescente também cometer um ato típico, antijurídico e culpável.

Não se pode olvidar, todavia, que a culpabilidade dos adolescentes diverge da dos indivíduos adultos. Com efeito, também segundo a já estudada teoria finalista, é a culpabilidade composta pela imputabilidade, pela consciência potencial da ilicitude e pela exigibilidade de conduta diversa, as quais, somadas, permitem a formação de um juízo de convicção sobre a reprovabilidade da conduta do agente e, consequentemente, sobre a imposição de pena.

No caso dos adolescentes, não há que se falar em imputabilidade, pois a sua exclusão, por força dos art. 27 do Código Penal e art. 228 da Constituição Federal de 1988, é justamente o que impede que eles sejam apenados na forma da Decreto-Lei n. 2.848/1940, bem como é o que impõe a construção de um sistema de responsabilização diferenciado, na forma prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A inexistência desse elemento normativo da culpabilidade, implica na exclusão da própria categoria da culpabilidade, o que, por si só, já impede que se possa se falar em cometimento de crime ou contravenção penal por adolescente (PEREIRA, 2008. p. 132).

Considerando, porém, que diferentemente do que ocorreu com as crianças, o Estatuto determinou que os adolescentes fossem responsabilizados por seus atos quando esses implicassem na transgressão da lei penal, deverão os demais elementos normativos da culpabilidade – a potencial consciência da ilicitude e a inexigibilidade de conduta diversa – ser considerados no momento de se averiguar acerca da reprovabilidade da conduta do adolescente e, se for o caso, de atribuir-lhe uma medida socioeducativa, sob pena de a responsabilização se tornar objetiva. É a lição de João Batista da Costa Saraiva:

Assim sendo, excluído o pressuposto da culpabilidade do ponto de vista da imputabilidade penal, os demais elementos da culpabilidade hão de ser considerados. Assim, há que se ter em vista, quando o Estado pretenda sancionar o adolescente com alguma medida socioeducativa, sua potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, circunstâncias que levam à reprovabilidade da conduta. Pelo sistema vigente fica afastada a responsabilidade objetiva de crianças e adolescentes pela prática de um fato definido como crime, sob pena de negar-se eficácia a todo o conjunto garantista inserido no próprio texto constitucional. Assim, há de se analisar a conduta infracional à luz dos elementos

normativos da culpabilidade. Se a ação cometida pelo adolescente, embora típica e antijurídica, não for reprovável, assim como ao adulto não caberá imposição de pena, ao adolescente não se lhe poderá impor medida socioeducativa (2005, p. 92-93).

Alexandre Moraes da Rosa e Ana Christina Brito (2011, p. 242), Karyna Batista Sposato (2006, p. 267-269), Olympio de Sá Sotto Maior Neto (2006, p. 138-139) e Paulo Afonso Garrido de Paula (2006, p. 42-43) adotam entendimento semelhante, aduzindo que o elemento normativo da imputabilidade deve ser interpretado em sentido restritivo, significando a exclusão das consequências jurídicas de natureza penal, e não de forma ampla, como a reprovabilidade subjetiva da conduta, a qual será aferida pela conjugação dos demais elementos normativos da culpabilidade – a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade da conduta diversa.

Martha de Toledo Machado aduz que parece um paradoxo falar ao mesmo em inimputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, já que, para a autora, o primeiro elemento normativo traduz-se na “condição psíquico-física do agente, consistente na sua capacidade, em abstrato, de entender e querer” e sua ausência certamente influirá na compreensão dos outros dois elementos normativos. Sustenta, por outro lado, que não há outro ferramental teórico conhecido sobre que se possa assentar a reprovabilidade da conduta do adolescente, razão pela qual deverá ele ser adotado. Conclui que

[...] se abandonarmos completamente aquelas noções, sobrarão apenas duas opções extremas e antiéticas: num polo a completa *irresponsabilidade* (o não-sancionamento jurídico) dos *penalmente inimputáveis* em razão da idade em relação ao crime por eles praticado; no outro, a *responsabilização objetiva*, e não *objetivo-subjetiva* deles, fundada exclusivamente no resultado danoso da ação (2003, p. 252-253).

Não se discorda que a eliminação desses dois elementos, implicaria, em última análise, ou na impossibilidade de responsabilização do adolescente por todo e qualquer ato análogo a crime ou contravenção penal ou, pior, na sua responsabilização objetiva, porquanto desencadeada a resposta estatal com base unicamente no resultado da ação, sem perquirir acerca de sua reprovabilidade.

Indaga-se, porém, se tais elementos bastam para aferir a reprovabilidade da conduta do adolescente. Com efeito, se foi determinada a sujeição dos adolescentes a um sistema de responsabilização diferenciado dos adultos por se entender justamente que esses indivíduos encontram-se numa situação peculiar de desenvolvimento, como se pode dizer que a culpabilidade, à exceção do elemento da imputabilidade, é idêntica a dos adultos?

Acredita-se que não se pode fazer tal afirmação. Com efeito, não se pode aplicar analogicamente todo o ferramental jurídico-legal existente no Código Penal e vigente para os adultos ao adolescente, pois a personalidade juvenil tem características próprias que impedem a sobreposição dos regramentos (NETO, 2006, p. 138-139).

Sobre essas peculiaridades, lembra Juarez Cirino dos Santos que, salvo os casos envolvendo grave violência, a criminologia contemporânea define como normal o comportamento desviante do adolescente – inclusive o ato infracional – já que é, sobretudo, experimental e tende a

desaparecer com o amadurecimento, não consistindo, por si, só numa “porta de ingresso” para uma “vida de criminalidade”:

o caráter específico do comportamento desviante da juventude, segundo várias pesquisas, explica sua extinção espontânea durante a fase da chamada 'Peack-age' e, em regra, não representa sintoma justificante da necessidade de intervenção do Estado para compensar defeitos da educação (2002, p. 122, *apud* ROSA, 2006, p. 136-137).

Martha de Toledo Machado chega à mesma conclusão com base, contudo, nos ensinamentos do neurocientista Jorge Alberto da Costa e Silva, o qual aduz que por volta dos treze anos inicia-se o processo de *pruning*, ou “poda das sinapses”, fenômeno pelo qual são destruídas “algumas sinapses que normalmente não têm funções importantes às necessidades do cérebro para o resto da vida [...] para ali crescerem novas mais específicas e definitivas”. Tal fenômeno, associado às alterações hormonais típicas da fase, ocasiona instabilidade e mudanças comportamentais no adolescente que, procurando formar sua própria identidade, fica “estranho, irritadiço, contestador, questiona valores, se sente fora do ambiente e procura respostas” (2003, p. 321-326).

Bem por isso é que Danielle Rinaldi Barbosa e Thiago Santos de Souza entendem que o

[...] conhecimento de o que é *certo* e *errado* não basta para que a pessoa em fase de crescimento atinja um nível esperado de autodeterminação e amadurecimento. Quer dizer, saber se determinada atitude é aceita ou reprovada perante a sociedade não impede a criança ou o adolescente de transgredir, máxime porque – não se assustem – essa transgressão é esperada pelos estudiosos das ciências psíquicas. [...] Estes eventuais desvios são tidos como naturais porque a transgressão esparsa de pequenas normas de convívio social faz parte integrante do processo de desenvolvimento da pessoa, que aprende valores individuais por meio de um processo experimental através do qual lhe são apresentados não só os conceitos de o que é certo e errado, mas também as consequências de uma atitude não aceita no meio social (2013, p. 20-21).

Considerando, portanto, que a adolescência é um período marcado por mudanças físicas e psíquicas que, aliadas ao contexto social, podem ocasionar mudanças comportamentais, traduzidas inclusive na prática de atos infracionais (PEREIRA, 2008, p. 120), não se pode dizer que a reprovabilidade – a culpabilidade – da conduta desses indivíduos se equivale a dos adultos.

A toda evidência, não se pretende com isso a retomada dos tempos “menoristas” onde se entendia que o adolescente, por não ter suas faculdades completamente desenvolvidas, carecia de capacidade para compreender o caráter ilícito do fato e de atuar segunda essa compreensão – praticamente um incapaz, portanto. Essa concepção, no mais das vezes, culminava na imposição de uma resposta estatal aos adolescentes em hipóteses nas quais um adulto jamais seria submetido, mas tudo era justificado sob o pretexto de “proteger” o adolescente, ser supostamente desprovido de culpabilidade (AMIN, 2010, p. 13).

O reconhecimento de que os adolescentes são dotados de culpabilidade, estando presentes em seu agir tanto o elemento intelectual como o volitivo, já que não só são capazes de reconhecer quando agem de forma contrária às regras, como também têm capacidade de se decidir e de se dirigir conforme esse entendimento é mesmo necessária. Dessa forma, assegura-se que os adolescentes

somente serão responsabilizados por suas condutas e proporcionalmente a elas, e não por sua personalidade ou estilo de vida (direito penal do autor) (SPOSATO, 2006, p. 266-267).

Repisa-se, contudo, que a compreensão dessa culpabilidade não pode se dar nos exatos moldes em que é aferida a de um adulto, porquanto se tratam de estágios da vida diversos, sujeitos a influências biológicas e sociais consideravelmente diferentes. Nas palavras de Miguel Cillero Bruñol:

El desafío de la dogmática es construir una doctrina sobre la culpabilidad de los adolescentes que parte de las premisas de que “el derecho penal criminal o común há sido configurado respecto a una conducta de los mayores y no de los menores” (BUSTOS: 5), y que, em el adolescente “el contenido de culpabilidad de su hecho es menor que el de um adulto” (WELZEL: 320). En aplicación de la primera, se tendrá que establecer la inaplicabilidad de las sanciones penales de los adultos a los niños y adolescentes menores de 18 años; por la segunda habrá que preguntarse caules son las condiciones necesarias que justifiquen una sanción penal de adolescentes, porque le era exigible outra conducta (2001, p. 84)

A primeira premissa apontada pelo autor como necessária à construção de uma dogmática própria sobre a culpabilidade dos adolescentes já é realidade, ante a efetiva existência de um sistema de responsabilização diferenciado para os jovens – traduzido no ato infracional e nas medidas socioeducativas –, sendo-lhes inaplicáveis as penas criminais previstas para os adultos.

Todavia, a segunda premissa, consubstanciada na necessidade de se averiguar quando da imposição de medida socioeducativa se ela é efetivamente necessária, ante a existência de condições que impossibilitassem a exigibilidade de conduta diversa – assim entendida genericamente, e não como a existência de coação moral irresistível ou ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico –, ainda não.

Aponta-se como possíveis razões para isso, a uma, a inexistência de consenso na doutrina e na jurisprudência acerca da existência de hipóteses supralegais de inexigibilidade de conduta diversa inclusive para os adultos, conforme visto no tópico respectivo. Em segundo lugar, as já mencionadas hipóteses de que o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa dos adolescentes em razão da sua peculiar condição de desenvolvimento poderia levar, em hipóteses extremas, à inexistência de responsabilização por toda e qualquer conduta por eles praticadas, ou mesmo na sua responsabilização objetiva.

Por reconhecer essa problemática e, ao mesmo tempo, a necessidade de adequar o conceito de culpabilidade como pressuposto da responsabilização às peculiaridades da personalidade infanto-juvenil, é que Martha de Toledo Machado propõe a construção de um conceito de culpabilidade mitigada dos adolescentes, baseado em duas premissas.

A primeira, é de que não se pode valer do conceito do “adulto médio” para se aferir acerca da exigibilidade de conduta diversa no caso concreto, já que o adolescente, por sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, aprende a obedecer às normas de convívio social por meio de sua transgressão, bem como não possui mecanismos individuais de autocontrole completamente construídos:

Havemos de buscar um parâmetro próprio da adolescência, mitigado em relação a cada uma das suas fases, às condições das pessoas envolvidas no fato penalmente típico e às características objetivas de cada figura penal (2003, p. 256).

Exemplifica a situação de uma instituição de ensino superior, onde eventuais desavenças dificilmente são resolvidas por meio de agressões físicas, o que, todavia, não é incomum nos alunos que recém começaram a adolecer. E bem assim a hipótese da prática consensual de relações sexuais entre um jovem com idade inferior a quatorze anos e outro de quinze anos, o que configuraria em tese a prática de um ato infracional análogo ao estupro de vulnerável⁷⁰ (art. 217-A, CP), mas cuja reprovabilidade, em razão da proximidade da idade dos envolvidos, é substancialmente menor do que se o suposto autor contasse com trinta e um anos, exemplificativamente (2003, p. 236-257).

Nesses casos, em que pese as condutas típicas serem em tese as mesmas, seria justo que a culpabilidade de pessoas em situações da vida tão diversas fosse valorada da mesma forma, com base no mesmo padrão de exigibilidade de conduta diversa? Acredita-se que não.

A segunda premissa citada por Martha de Toledo Machado como necessária à adaptação do conceito de culpabilidade à personalidade infanto-juvenil, diz respeito à adequação do conceito de potencial consciência da ilicitude, já que, para a autora, a característica marcante dessa etapa é justamente a aprendizagem das regras de convívio social. A circunstância desse fator já ter sido considerado pelo legislador quando determinou a inimputabilidade dos adolescentes, não consiste, por si só, em óbice à adequação dessa categoria da culpabilidade pois a mencionada dificuldade é maximizada em relação a algumas figuras típicas específicas, cuja compreensão por vezes é dificultosa mesmo para os adultos. É o que ocorre, por exemplo, com os crimes contra o sistema financeiro, contra a propriedade intelectual e industrial, contra o meio-ambiente etc. (2003, p. 260).

Juarez Cirino dos Santos – com a ressalva, devida vênia, das generalizações exacerbadas – também se referiu a esse fator:

[...] adolescentes menores de 18 anos podem compreender o injusto de alguns crimes graves, como homicídio, lesões corporais, roubo e furto, por exemplo, mas não são capazes de compreender o injusto da maioria dos crimes comuns e, praticamente, de nenhum dos crimes definidos em leis especiais (crimes contra o meio ambiente, a ordem econômica e tributária, as relações de consumo, o sistema financeiro etc.) e, *em todas as hipóteses acima referidas*, não são capazes de comportamento conforme a eventual compreensão do injusto, por insuficiente desenvolvimento do poder de controle dos institutos, impulsos ou emoções (2008, p. 296).

Pelo exposto, acredita-se que não só é possível como necessária a construção de um conceito de culpabilidade mitigada para os adolescentes. Com efeito, conforme visto no capítulo três, não obstante a teoria finalista do delito remanesça acolhida pela maior parte da doutrina brasileira, não são poucas as correntes que se propõe a reformular integralmente o conceito tripartido de crime como conduta típica, antijurídica e culpável. Se tal concepção se mostra, para muitos, insuficiente para a

⁷⁰ Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

compreensão do crime, para a qual foi especialmente desenvolvida, o que dizer em relação ao ato infracional, que guarda uma série de peculiaridades?

Todavia, enquanto não se altera o referencial teórico do conceito de delito e nem se deixa de definir o ato infracional como a conduta análoga a ele, acredita-se, ao menos, ser possível a adequação do conceito da categoria da culpabilidade, tomando-a como mitigada pela flexibilização dos conceitos de exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude, na forma proposta por Martha de Toledo Machado.

Do contrário, admitir que o ato infracional é uma conduta típica, antijurídica e culpável, exatamente nos mesmos moldes que a de um adulto – com exceção da imputabilidade, claro – é tornar o sistema de responsabilização infanto-juvenil substancialmente igual ao criminal, baseado nos conceitos de retribuição e prevenção. A única diferença seria que, em lugar das penas comuns, ter-se-ia as espécies diferenciadas de sanção previstas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, chamadas de medidas socioeducativas e submetidas a alguns critérios de individualização diferenciados.

Não parece ter sido esse o propósito do legislador ao reconhecer o adolescente como sujeito de direitos e pessoa em situação peculiar de desenvolvimento. Continuar a aplicar a mesma lógica empregada na aferição de um crime para um ato infracional, implica em dizer que “ato infracional” e “medidas socioeducativas” são meros eufemismos para “crime” e “pena”, quando praticados por adolescentes. Como lembram Alexandre Morais da Rosa e Ana Christina Brito:

Não será a denominação responsável por tirar o peso do ato praticado e muito menos da resposta que este terá. O nome diferente, ou seja, o texto legal nada mudará se não houver um compromisso por parte dos atores do Sistema de Garantia de Direitos, ou seja, ações para adequar os direitos às práticas de uma política de atendimento que promova atendimentos diversos dos praticados aos adultos, mas com a observância de garantia às condições necessárias e condizentes com pessoas em desenvolvimento (2006, p. 322).

Bem por isso, é que se mostra

[...] necessária uma flexibilização nos parâmetros de aferição desse pressuposto da culpabilidade adolescente, quando cotejada à do adulto, no mínimo para não se pressupor sua configuração, como regra em todas as situações típicas, como se tende a fazer em relação ao adulto, mas sim para analisá-lo detalhadamente nessas situações específicas. Sem esse mínimo, penso, não se pode alcançar uma reprovação justa da conduta do adolescente (MACHADO, 2003, p. 61).

4.2 A aplicabilidade das escusas absolutórias ao ato infracional

As escusas absolutórias, conforme visto no tópico respectivo, estão previstas nos arts. 181 e 182 do Código Penal e, conforme o caso, ou isentam de plano o agente de pena, ou condicionam a instauração do inquérito policial e o início da ação penal à representação da vítima, com a qual o autor

do crime patrimonial cometido sem violência ou grave ameaça possui ou possuía determinado vínculo afetivo e/ou familiar.

Da simples leitura dos mencionados dispositivos, é possível notar que a referência que se faz não é à exclusão de nenhum dos três elementos integrantes do conceito de delito – tipicidade, antijuridicidade (ilicitude) e culpabilidade, segundo a concepção analítica finalista – mas sim à “isenção de pena”, o que leva a concluir que o delito estará formalmente perfectibilizado, não sendo apenas punível.

Consequência disso é que, se analisado o Estatuto da Criança e do Adolescente de maneira puramente formal, não possuem as escusas absolutórias aplicabilidade ao ato infracional, já que o art. 103 do diploma define o ato infracional como conduta análoga ao crime ou a contravenção penal e as hipóteses das escusas efetivamente consistem em crimes perfeitos, embora não puníveis. Ocorre que se as medidas socioeducativas não consistem em modalidades de pena – ante a determinação da inimputabilidade dos adolescentes, prevista pelo art. 228 da CFRB/1998, pelo art. 27 do CP e pelo art. 104 do ECA – como poderia haver sua isenção?

Diante da omissão do Estatuto, parte da jurisprudência⁷¹, com base no raciocínio acima apontado e aliada à premissa de que as medidas socioeducativas possuem caráter pedagógico, tem negado o reconhecimento das escusas absolutórias ao adolescente, sob o fundamento de que a medida socioeducativa é necessária para educa-lo sobre a transgressão cometida, sendo mesmo necessária ao seu desenvolvimento.

No sentido oposto, se manifesta outra parte da jurisprudência, a qual entende pela aplicabilidade das escusas absolutórias ao ato infracional, sob o argumento de que a sua negação consistiria em afronta ao princípio constitucional da isonomia pois o adolescente, não obstante o fato de estar numa situação igual a de um adulto, estaria recebendo uma forma de resposta estatal, enquanto o segundo não.

Não obstante se reconheça o mérito argumentativo de ambas as correntes, entende-se que a discussão deve ser pautada por linhas outras.

Com efeito, a primeira corrente, ao afirmar que a natureza jurídica das medidas socioeducativas é de cunho pedagógico, ignora os diversos debates travados na doutrina sobre o tema, não se podendo falar que há um mínimo de consenso sobre o assunto, como se viu no tópico respectivo.

Além do mais, quando o caráter pedagógico efetivamente é reconhecido, dá azo a dois pontos de vista distintos. O primeiro⁷² admite-o como finalidade última da medida socioeducativa,

⁷¹ Refere-se aqui exclusivamente à jurisprudência por não ter sido encontrada na doutrina, a despeito de várias pesquisas, discussão sobre o tema.

⁷² Seguem esse entendimento, como visto, Afonso Armando Konzen, Ana Paula Motta Costa, Antônio Fernando do Amaral e Silva, Danielle Rinaldi Barbosa, João Batista da Costa Saraiva, Karyna Batista Sposato, Marina de Aguiar Michelman, Tânia da Silva Pereira, Thiago Santos de Souza e Wilson Donizete Liberati (SILVA, 2008, p. 75).

sendo a natureza dessa, todavia, retributiva/sancionatória, razão pela qual deve haver a transposição de todos os direitos e garantias previstos no Direito Penal e Processual Penal para o Direito da Criança e do Adolescente. O segundo⁷³, bem pelo contrário, afirma que o caráter estritamente pedagógico – ausente qualquer carga preventiva ou retributiva – é justamente o que afirma a singularidade das medidas socioeducativas e as distancia do Direito Penal, sendo suficientes a normativa internacional, constitucional e ordinária para assegurar ao adolescente direitos e garantias.

Em qualquer dos casos, seja sob o prisma do Direito Penal Juvenil ou do Direito Infracional⁷⁴, o caráter pedagógico nunca é adotado para responsabilizar o adolescente em uma hipótese em que um adulto não seria. Pelo contrário, ambos os pontos de vista mencionados partem da premissa de que o adolescente é um sujeito em situação peculiar de desenvolvimento e, por isso, merece, se não mais, os mesmos direitos e garantias a que um adulto faz *jus*.

Assim, acredita-se que a mencionada corrente jurisprudencial, ao negar o reconhecimento da escusa absolutória ao adolescente sob o fundamento único de que a medida socioeducativa possui caráter pedagógico – e, portanto, útil ao adolescente – parte de premissas equivocadas, pois: a) ignora que essa posição não só não é consensual, como é altamente controvertida; e b) prega solução diametralmente oposta à que os autores que reconhecem – em maior ou menor grau – o caráter pedagógico da medida socioeducativa costumam adotar, impondo a responsabilização do adolescente em hipóteses onde um adulto jamais seria.

Em última análise, ao afirmar que a medida socioeducativa deverá ser imposta, independentemente da existência de uma escusa absolutória, ao adolescente, visando o seu próprio benefício por meio da educação, tal corrente jurisprudencial se aproxima das posturas dos Códigos de Menores, onde a medida socioeducativa era vista como um instrumento de “proteção” ao adolescente. Ocorre que, como se viu, no mais das vezes, o adolescente não era minimamente beneficiado, servindo esse argumento como mero pretexto para a institucionalização dos adolescentes que estavam em “situação irregular”, o que obviamente não se coaduna com o atual paradigma da Proteção Integral (SILVA, 2008, p. 61-62).

Sobre o tema, pertinente é o comentário de João Batista da Costa Saraiva:

Não se pode cogitar do acionamento do sistema socioeducativo com o fito de proteção. Se sujeito de proteção, o adolescente deve ser atendido no âmbito do sistema secundário de garantias, não se fazendo destinatário da sanção socioeducativa haja vista a necessária carga de reprovabilidade da conduta presente nesta providência estatal (2006, p. 75).

Quanto à segunda corrente jurisprudencial, embora entenda-se que a solução para a problemática ora enfrentada tenha sido mais adequada, porquanto reconhece a efetiva aplicabilidade

⁷³ Nesse sentido, dentre outros, André Del Grossi Assumpção (2008, p. 514), Carlos Cabral Cabrera, Luis Guilherme da Costa Jr. e Roberto Mendes de Freitas Jr (2006, p. 65-66), Mônica Nicknich (2010, p. 135) e Paulo Afonso Garrido de Paula (2006, p. 33).

⁷⁴ A expressão “Direito Infracional” foi utilizada com o único fim de tentar abarcar as correntes que pregam a total autonomia do Direito da Criança e do Adolescente em relação ao Direito Penal e Processual Penal, pois não há consenso entre os autores sobre qual expressão se mostra mais adequada.

das escusas absolutórias ao ato infracional, acredita-se que o caminho escolhido não foi o mais preciso.

É que a estruturação de todo um sistema de responsabilização diferenciado, na forma do Estatuto da Criança e do Adolescente, deriva justamente do reconhecimento de que os adolescentes se encontram em uma situação peculiar de desenvolvimento – em um estágio da vida diferenciado dos adultos, portanto – de sorte que a situação entre eles não é propriamente de isonomia. Em última análise, houve aplicação, por analogia, dos arts. 181 e 182 do Código Penal ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Acontece que consoante já exposto, entende-se inadequada a aproximação desses dois ramos do direito, ainda que por meio da analogia, pois ao mesmo tempo em que poderiam ser assegurados aos adolescentes determinados benefícios do Direito Penal, poder-se-ia dizer que eles também estão sujeitos aos ônus desse ramo, tornando, no final das contas, a responsabilidade estatutária substancialmente igual à responsabilidade criminal. Em outras palavras, seria aberta uma porta para a redução implícita da maioria penal (SILVA, 2008, p. 84-85).

Bem por isso, é que o reconhecimento da aplicabilidade das escusas absolutórias ao ato infracional deve se dar com base na conjugação da normativa internacional, constitucional e infraconstitucional destinada ao adolescente – e não por meio de meras equiparações com o Direito Penal e Processual Penal –, uma vez que não é a falta de regulamentação, mas sim a falta de aplicação das normas e princípios existentes que dá azo às referidas divergências (DIGIÁCOMO, 2006, p. 208-209, *apud* BARBOSA; SOUZA, 2013, p. 93).

Como lembra Marcelo Gomes Silva – com raciocínio referente ao reconhecimento da prescrição das medidas socioeducativas, que também se mostra válido, *mutatis mutandis*, para as escusas absolutórias:

O ato infracional pode deixar de ter responsabilização [...] com fundamento na Constituição e no Estatuto, aplicando-se os princípios da brevidade, da excepcionalidade, do melhor interesse do adolescente, de sua condição peculiar etc., sem a necessidade da aplicação do Código Penal, bastando para tanto apenas um pouco de esforço hermenêutico, o que, em dias de codificação nem sempre é fácil (2008, p. 95).

Assim, aponta-se como um dos caminhos possíveis para o reconhecimento da aplicabilidade das escusas absolutórias ao ato infracional a readequação da categoria da culpabilidade como elemento do ato infracional, flexibilizando os conceitos de exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude, por ser a reprovabilidade da conduta do adolescente, no mais das vezes, menor do que a de um adulto, ante a sua situação peculiar de desenvolvimento.

Com efeito, não se pode dizer que a prática, sem grave ameaça ou violência, de condutas que lesam ou expõem a perigo de lesão bens patrimoniais pertencentes a pessoas com as quais o

adolescente mantém ou mantinha vínculos afetivos e/ou familiares – cônjuge⁷⁵, ascendente, descendente, irmão, tio e sobrinho – e que normalmente são, inclusive, responsáveis por ele em maior ou menor medida, é mais reprovável que a de um adulto, nas mesmas condições.

Pelo contrário, é menor, na medida em que esse comportamento não é de todo inesperado nesse estágio da vida, consoante abordado no tópico precedente, não havendo “necessidade de intervenção do Estado para compensar defeitos da educação” (CIRINO, 2002, p. 122, *apud* ROSA; BRITO, 2006, p. 136-137).

Assim, com a transposição da análise da punibilidade para a culpabilidade – mitigada –, boa parte das situações abrangidas pelas excusas absolutórias também seria insuscetível de responsabilização por meio de medidas socioeducativas, porquanto ausente um dos elementos integrantes do próprio conceito de crime, a cuja estrutura o ato infracional é análogo, por força do art. 103 do ECA.

Exemplificativamente, a exigibilidade de conduta diversa de um adolescente que furta dinheiro de uma das pessoas previstas no art. 181 e 182 do Código Penal para ir à uma festa, não pode ser a mesma que a de um adulto que presume-se adaptado às convenções sociais e detentor de maiores condições de obter renda própria. O mesmo se diz em relação ao adolescente que, por exemplo, danifica um bem pertencente à alguma daquelas mesmas pessoas, visando retalia-las por não ter tido alguma de suas reivindicações atendidas, o que não se espera de adulto nas mesmas condições, sendo presumível que se utilizará do diálogo para eventuais impugnações.

Situação diferente não ocorre com a potencial consciência ilicitude pois o adolescente que, exemplificativamente, acha coisa perdida de alguma das pessoas insertas no rol dos mencionados dispositivos e dela se apropria, por acreditar que “achado não é roubado”, certamente possui menor potencial de alcançar a ilicitude da conduta do que um adulto, que em tese possui conhecimento de que aquela máxima não passa de mero ditado popular.

Não se nega que tais condutas são de certa forma reprováveis, mas há de se reconhecer que certamente o são em medida substancialmente menor do que se cometidas por um adulto. E se esses não estão sujeitos a qualquer sorte de resposta Estatal, cabendo o acerto entre os próprios envolvidos, que poderão, de qualquer forma, pleitear a reparação dos eventuais prejuízos na esfera civil, se assim o desejarem, muito menos deverão estar os adolescentes.

Assim, diante do reconhecimento de que nessas hipóteses a reprovabilidade é reduzida ante a culpabilidade mitigada dos adolescentes, ainda que praticada uma conduta que, em tese, se amoldaria à alguma das excusas previstas nos arts. 181 e 182 do Código Penal, inexistirá ato infracional, porquanto afastado o elemento da culpabilidade integrante do conceito de crime, a cuja estrutura do ato infracional é análoga.

⁷⁵ Nesse ponto, vale lembrar que o casamento do adolescente é permitido em determinadas situações previstas pelo Código Civil (art. 1.517, *caput* e art. 1.520, última parte) e, apesar de acarretar a emancipação automática do adolescente (art. 5º, inc. II), seus efeitos se restringem à esfera civil, não afetando a inimputabilidade ou a proteção conferida pelo Estatuto, como se viu.

Por via reversa, tendo a conduta ocorrido numa das hipóteses previstas pelo art. 183 do Código Penal – ou seja, com o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa; por coautor ou partícipe que não guarde relação com a vítima, ou contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos – não há que se presumir a ausência de reprovabilidade da conduta do adolescente, já que nessa hipótese também o adulto receberia uma resposta estatal. Contudo, também não deverá ser presumido que ela é reprovável de plano, devendo ser analisadas minuciosamente a real exigibilidade de conduta diversa e a real possibilidade de consciência da ilicitude no adolescente no caso concreto, tudo sob o prisma da culpabilidade mitigada.

Uma vez reconhecida a culpabilidade mitigada diante da prática de uma conduta que em tese se amoldaria à uma das hipóteses de escusas absolutórias previstas pelo Código Penal, não poderá a autoridade policial lavrar boletim de ocorrência circunstanciado e, muito menos, auto de apreensão do adolescente, tal qual ocorreria se o fato fosse praticado por um adulto. Em ocorrendo esse, deverá o Ministério Público arquivar o feito por não constituir o fato ato infracional, em analogia ao que prescreve o artigo 189, inc. III, do Estatuto. Pelo mesmo motivo, deverá o magistrado da infância e juventude rejeitar a representação, caso essa venha a ser oferecida, já que ausente uma das condições da ação – consubstanciando no interesse de agir (CABRERA; WAGNER; FREITAS, 2006, p. 76) –, ou, se por algum motivo essa já tiver sido recebida, reconhecer ao final do procedimento de apuração que o fato não constitui ato infracional, abstendo-se de impor qualquer medida socioeducativa, nos termos do mesmo dispositivo alhures mencionado.

Nesse ponto, vale lembrar que, segundo a maioria da doutrina, não há que se falar em ação socioeducativa privada ou ação socioeducativa condicionada à representação do ofendido, já que o Estatuto da Criança e do Adolescente foi omissivo quanta à legitimidade ativa dessas pessoas, além de defluir de uma interpretação sistemática a legitimidade exclusiva do Ministério Público, ante a situação peculiar de desenvolvimento da parte passiva (LIBERATI, 2006, p. 74).

Assim, ainda que o adolescente tenha praticado, sem violência ou grave ameaça, fato definido como crime patrimonial contra o ex-cônjuge, ou irmão, ou tio, ou sobrinho com quem coabitava – hipóteses em que a isenção da punibilidade do adulto só ocorreria caso o ofendido optasse por não oferecer representação, nos termos do art. 182 do Código Penal –, não haverá que se falar em ato infracional.

Sabe-se, porém, que o conceito de culpabilidade mitigada recebe reduzidíssima atenção tanto da doutrina, como da jurisprudência, de sorte que seu reconhecimento, ainda mais quando para admitir por via transversa a aplicabilidade das escusas absolutórias ao ato infracional, na prática, se mostra dificultoso.

Ocorre que à mesma conclusão ora esposada pode se chegar mediante o reconhecimento de outros elementos presentes na normativa e na principiologia internacional, constitucional e estatutária, sem que precise se valer dos institutos do Direito Penal – ainda que juvenil, ou mínimo.

Com efeito, na normativa internacional pode-se mencionar as Regras Mínimas das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil – ou Diretrizes de Riad – que, apesar de não possuírem força cogente no direito interno (SHECAIRA, 2008, p. 58), certamente servem como princípios a serem seguidos. Dispõe a Regra n. 54 do diploma que:

Com o objetivo de impedir que se prossiga à estigmatização, à vitimização e à incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual seja garantido que todo ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por jovem.

João Batista da Costa Saraiva se utiliza desse dispositivo para reconhecer que os elementos normativos da culpabilidade do adolescente deverão ser considerados no momento de se averiguar sobre a ocorrência do ato infracional:

Assim, se no agir do adolescente lhe for inexigível conduta diversa, como legou ao mundo jurídico a doutrina penal alemã, não poderá este ser sancionado com medida socioeducativa, haja vista que um agente penalmente imputável, nestas condições, também não teria sua conduta reprovada e não seria penalizado, incidindo aqui a regra da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança que não admite que se dê ao adolescente em conflito com a Lei tratamento legal mais desfavorável que se dá ao adulto – a norma tem que ser inversa: o tratamento mais favorável há de ser o do adolescentes, ou, ao menos, em igualdade de tratamento (2005, p. 94).

Certamente, o reconhecimento em âmbito internacional da impossibilidade de se tratar o adolescente de forma mais gravosa do que um adulto, poderá servir como fundamento para aplicar as excusas absolutórias ao ato infracional. É que, embora as medidas socioeducativas não devam ostentar caráter retributivo – sob pena de se igualarem às sanções criminais comuns e tornar os sistemas de responsabilização e penalização substancialmente iguais, caindo por terra a previsão de inimputabilidade dos adolescentes –, não se pode ignorar a sua atual realidade, que em muito se distancia daquela proposta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente:

O tratamento especial ao adolescente é ainda, apenas uma falácia normativa; na prática, a operacionalidade é idêntica ao tratamento dado ao condenado adulto, como de resto, à míngua de condições operacionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente determinou atendimento especial, mas as condições instrumentais impossibilitam o cumprimento da norma, e o que se chama de medida socioeducativa, acaba se transformando em verdadeira pena, muitas vezes executada em condições extremamente precárias (RUAS, 2001, p. 40).

Juan Carlos Vezulla não chega à conclusão diferente:

Perdido seu objetivo, as medidas socioeducativas transformam-se em trabalhos de serviço à comunidade, que podem cumprir com o objetivo de castigo reparador da culpa, ou centro de terapia ocupacional, mas sem produzir no adolescente uma verdadeira tomada de consciência de sua situação, de sua identidade. Esta desconsideração faz com que o adolescente passe a viver as medidas socioeducativas como sanções que nada lhe acrescentam (2004, p. 60).

Como se não bastasse, é consabido que não só a institucionalização, mas também as medidas socioeducativas não restritivas da liberdade e, bem assim, o próprio procedimento de apuração de infracional, exatamente como preceitua o texto da normativa internacional, acabam por

gerar os estigmas de “menor infrator”, “pivete” e “trombadinha”, dentre tantos outros herdados da fase “menorista” e impregnados no senso comum. E, com eles, advém o preconceito e a discriminação com que a sociedade recebe de volta os adolescentes “infratores” – como passarão a ser denominados (SILVA, 2010, p. 32).

Diante desse contexto, certo é que a exclusão do procedimento de apuração do ato infracional nas hipóteses análogas às escusas absolutórias – onde um adulto não receberia nenhuma sorte de resposta estatal – será sempre mais benéfica ao adolescente. Não se pode argumentar que as medidas socioeducativas serão aplicadas em seu favor, pois, subsistindo alguma sorte de necessidade de auxílio por parte do Estado, esse deverá se dar por meio das medidas protetivas previstas no art. 101, do ECA (SARAIVA, 2006, p. 75), e não sob um pretenso caráter educativo, como se coubesse ao Estado “compensar defeitos da educação” (CIRINO, 2002, p. 122, *apud* ROSA; BRITO, 2006, p. 136-137), nos termos já expostos.

Além do mais, “todas as medidas desde a advertência até a internação serão violentas pelo menos simbolicamente (**Bourdieu**). Esta função de privar, limitar, sempre será realizada em nome do poder, não se podendo cair na armadilha de exercitar o poder e impor de maneira ‘bondosa’” (ROSA, 2011, p. 271).

Exatamente pelos mesmos motivos, é que podem ser invocados os princípios constitucionais e estatutários da prioridade absoluta (art. 227, CFRB/1988 e art. 4º, ECA) e do melhor (ou superior) interesse do adolescente (art. 6º, ECA) para excluir a medida socioeducativa quando o fato corresponder a uma das hipóteses de escusas previstas nos arts. 181 e 182 do Código Penal.

A propósito, vale lembrar que o mencionado art. 6º, da Lei n. 8.069/90, estabelece que na interpretação do diploma “levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

Ora, se o próprio Estatuto, por meio de não só um, mas de vários dispositivos – apenas exemplificativamente, art. 4º; art. 16, IV; capítulo III, do título II; art. 86, VI; art. 88, VII; art. 92, etc. – estabelece como um de seus principais fundamentos a preservação dos vínculos familiares e a promoção da reintegração familiar, como se pode não reconhecer aos adolescentes as escusas absolutórias?

Isso porque, como se viu, embora existam vozes dissonantes, a maioria da doutrina reconhece que as escusas foram positivadas por razões de política criminal, seja pela premissa de que o patrimônio familiar é de certa forma comum, pela premissa de que devem ser preservadas a harmonia e a honra familiar ou, ainda, pela premissa de que o delito nesses casos possui menor potencialidade lesiva (FERRO, 2003, p. 38-39). Em qualquer dos casos, foi ponderado que é preferível a renúncia do Estado ao *ius puniendi*, ao rompimento da paz familiar que certamente adviria com o processo criminal (BITENCOURT, 2012, p. 380).

Assim, se as escusas absolutórias são reconhecidas ao adulto com vistas a evitar a cizânia no meio familiar, evidente que deverão ser, ainda em maior medida, reconhecidas ao adolescente, já que uma das pedras basilares do estatuto – ao contrário do que ocorre com o Código Penal, diga-se de passagem – é justamente a preservação dos vínculos familiares e a promoção da reintegração familiar que, por certo, será abalada pelo procedimento de apuração do ato infracional. Essa situação se agrava na medida em que, na grande maioria das vezes, a vítima do ato infracional contra o patrimônio, praticado sem violência ou grave ameaça, é responsável pelo adolescente que o praticou.

A outro resultado não se chega quando a questão é analisada sob a ótica do “direito infracional mínimo”, ou “direito infracional garantista”, que começa a tomar corpo na doutrina nacional (SILVA, 2010, p. 43).

Com efeito, Alexandre Morais da Rosa aduz que a análise formal da subsunção da conduta ao tipo penal, apesar de ser cômoda, não atende ao modelo democrático preconizado pela Constituição, razão pela qual propõe a aplicação – com as devidas adaptações à realidade brasileira – do Sistema Garantista de Ferrajoli ao processo infracional (2011, p. 209-210). Dessa forma, a legitimidade da imposição de uma medida socioeducativa só ocorrerá quando preenchidos, cumulativamente, dez axiomas, a saber:

- 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da medida em relação ao ato infracional; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia no direito infracional; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato e no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação, especialmente na gestão da prova; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório, ou da defesa, ou da falseabilidade (2011, p. 222).

Por essa perspectiva, deverão ser privilegiados os mecanismo de resolução de conflitos extrapenais, devendo o Estado intervir por meio da medida socioeducativa somente nos casos em que os efeitos lesivos das condutas praticadas justificarem os custos das medidas e as proibições delas decorrentes (2011, p. 235-236), o que não parece ser o caso dos atos análogos às hipóteses de escusas absolutórias.

Com efeito, se analisados aqueles princípios com relação às escusas absolutórias, pode-se dizer que, pelo menos, os axiomas da necessidade e da ofensividade estão prejudicados, já que se a conduta do adulto não é considerada ofensiva o suficiente para justificar a necessidade da resposta estatal a um adulto, será ainda menos quando praticada pelo adolescente, o qual se encontra em condição peculiar de desenvolvimento.

Reforça esse entendimento a própria conclusão do autor no sentido de que “nesta perspectiva garantista, é preciso reconhecer que aos adolescentes são aplicáveis as mesmas garantias conferidas ao imputável, tanto no Código de Processo Penal como no Código Penal” (2011, p. 205).

Por todo o exposto, é possível notar que carece de legitimação a imposição de medidas socioeducativas sob o pretexto de que tal fato concorrerá em benefício do adolescente, devendo o Estado se valer das medidas protetivas quando o intuito realmente for o de sua proteção. Assim, não mais se justifica a responsabilização do adolescente em hipóteses onde um adulto não seria, ainda mais diante da atual realidade das instituições destinadas ao seu atendimento que, no mais das vezes, transformaram as medidas socioeducativas em verdadeiras penas.

É precisamente a hipótese das escusas absolutórias que vêm sendo negadas ao adolescente diante da omissão estatutária acerca de sua aplicabilidade. Ocorre que uma readequação do conceito de culpabilidade para a realidade adolescente, aliada ao norte oferecido pela normativa internacional – consubstanciada na Regra n. 54 das Diretrizes de Riad –, pelos princípios constitucionais e estatutários da prioridade absoluta, do melhor interesse do adolescente e da preservação dos vínculos familiares e, bem assim, de uma interpretação de acordo com os parâmetros do direito infracional mínimo ou garantista, não só permite, como exige essa aplicação em favor do adolescente. Sem precisar que se valha em momento algum do Direito Penal ou de um Direito Penal Juvenil, diga-se de passagem.

4.3 Os posicionamentos jurisprudenciais

A pesquisa sobre o posicionamento da jurisprudência brasileira acerca da aplicabilidade, ou não, das escusas absolutórias ao ato infracional foi realizada nos sítios dos Tribunais de Justiça dos Estados, bem como no portal eletrônico do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, onde foram empregados os termos comumente adotados pelos doutrinadores quando se referem aos arts. 181 a 183 do Código Penal, a saber:

“escusas absolutórias”, “escusas peremptórias”, “escusas legais absolutórias”, “escusas legais obrigatórias”, “escusas pessoais absolutórias”, “causas de exclusão de pena”, “causas pessoais de exclusão de pena”, “causas de isenção de pena”, “causas pessoais de isenção de pena”, “causas de impunidade”, “causas de não-culpabilidade em sentido estrito”, “causas pessoais que excluem a penalidade”, “condições objetivas de punibilidade negativamente consideradas”, “condições de punibilidade negativamente formuladas”, “condições negativas de punibilidade” e “imunidades pessoais” (FERRO, 2003, p. 11-12)

Referidas expressões foram conjugadas ora com o termo “ato infracional” e ora com “medida socioeducativa”, retornado resultados apenas para a conjugação desses com a expressão “escusas absolutórias”, os quais se passa a analisar.

4.3.1 Favoráveis à aplicabilidade das escusas absolutórias ao ato infracional

4.3.1.1 Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO À APROPRIAÇÃO INDÉBITA. INÉPCIA DA REPRESENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA DATA DOS FATOS. NÃO OCORRÊNCIA. IRREGULARIDADE. ESCUSA ABSOLUTÓRIA (ART. 181, II, DO CP). APLICABILIDADE. ILEGALIDADE MANIFESTA. [...] 3. O art. 181, II, do Código Penal prevê escusa absolutória, em razão da qual é isento de pena aquele que comete crime contra o patrimônio, entre outras hipóteses, em prejuízo de ascendente, salvo as exceções delineadas no art. 183 do mesmo diploma legal. 4. Por razões de política criminal, com base na existência de laços familiares ou afetivos entre os envolvidos, o legislador optou por afastar a punibilidade de determinadas pessoas. Nesse contexto, se cumpre aos ascendentes o dever de lidar com descendentes maiores que lhes causem danos ao patrimônio, sem que haja interesse estatal na aplicação de pena, também não se observa, com maior razão, interesse na aplicação de medida socioeducativa ao adolescente pela prática do mesmo fato. 5. Estando o paciente isento da aplicação de medida socioeducativa, o processo deixa de ter finalidade, razão pela qual seu prosseguimento configura constrangimento ilegal, que merece ser sanado por meio do trancamento do feito. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para determinar o trancamento do feito. (STJ - HC: 251681 PR 2012/0171829-3, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 03/10/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/10/2013).

Trata-se de *habeas corpus* onde o impetrante pugnou pelo trancamento da ação socioeducativa, sob o fundamento de que estava presente a escusa absolutória prevista no art. 181, II, do Código Penal, já que o ato infracional análogo à apropriação indébita foi praticado contra sua genitora. A tese não foi acolhida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que – com base no entendimento da Procuradoria – firmou-se no sentido de que o instituto das escusas não se mostra compatível com as medidas socioeducativas. A uma, porque os adolescentes sempre são isentos de pena, porquanto inimputáveis. A duas, porque a medida socioeducativa, ao contrário da pena criminal, não visa a mera punição do adolescente, mas consiste numa oportunidade para “ele restaurar valores e alinhar suas condutas à expectativa do direito da justiça” (p. 04), o que desautorizaria a aplicação do instituto.

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, se manifestou no sentido oposto, determinando o trancamento do procedimento de apuração do ato infracional sob o argumento de que, a despeito da função pedagógica das medidas socioeducativas, a omissão do Estatuto possibilita a aplicação das escusas por se mostrarem mais benéficas ao adolescente. Além disso, é dever dos ascendentes cuidar e educar os descendentes nessas hipóteses, sem necessidade de intervenção estatal. Por fim, é exigência do princípio da isonomia, já que não há interesse do Estado na responsabilização de um adulto pela mesma conduta.

No caso em comento, é possível perceber que o juízo *a quo* se pautou no mesmo sentido daquela primeira corrente jurisprudencial mencionada, negando a aplicabilidade das escusas absolutórias por entender que a sua finalidade é pedagógica. O Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, admitiu a aplicação das escusas absolutórias ao ato infracional por considerar que a educação

cabe à família – e não às medidas socioeducativas –, e que não há interesse estatal na responsabilização do adolescente se um adulto não é punido pelo mesmo fato.

Relembra-se, apenas, que o entendimento adotado no presente trabalho não se coaduna integralmente com nenhum dos dois posicionamentos. Com efeito, entende-se que o posicionamento do Tribunal de Justiça do Paraná não foi o mais adequado porque ignora que não há consenso sobre qual a natureza jurídica (ou finalidade) das medidas socioeducativas e se pauta por lógica inversa a que os doutrinadores que reconhecem a função pedagógica normalmente aderem, já que esses não negam a aplicação de institutos do Direito Penal quando visarem à exclusão da medida socioeducativa, em razão de reconhecerem que ela é dotada também de carga retributiva.

Com relação ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, embora entenda-se que agiu acertadamente ao reconhecer a aplicação das escusas absolutórias ao ato infracional, verifica-se que a fundamentação empregada diverge da que foi esposada no tópico precedente, qual seja, a de que o adolescente e o adulto não estão em situação de igualdade propriamente dita, tendo em vista a condição peculiar de desenvolvimento do último. Assim, mais adequada que a menção ao princípio da isonomia, seria a aplicação da normativa e da principiologia internacional, constitucional e infraconstitucional especialmente destinada ao adolescente pois, do contrário, há risco de que a analogia com o Direito Penal e Processual Penal, acabe por tornar o sistema de responsabilização substancialmente igual ao de penalização, em desrespeito à inimizabilidade constitucionalmente assegurada.

4.3.1.2 Tribunal de Justiça de Santa Catarina

APELAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO DE FURTO QUALIFICADO PELO ABUSO DE CONFIANÇA (CP, ART. 155, § 4º, II). INSURGÊNCIA DA DEFESA. PRELIMINAR DE OFENSA AOS ARTS. 564, IV, DO CPP E 93, IX, CR. REJEIÇÃO. [...] MÉRITO. ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROVAS. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. CONFISSÃO DO ADOLESCENTE EM CONSONÂNCIA COM O DEPOIMENTO DA VÍTIMA. RECURSO DESPROVIDO. APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. INVIABILIDADE. ATO INFRACIONAL COMETIDO CONTRA ASCENDENTE. ESCUSA ABSOLUTÓRIA PREVISTA NO ART. 181, II, DO CP. RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO. Ao consagrar expressamente os princípios da legalidade e da isonomia, vedando a impressão de tratamento mais gravoso ao adolescente do que ao adulto, o art. 35, I, da Lei n. 12.594/2012 possibilitou a aplicação das escusas absolutórias previstas na codificação penal ao procedimento de apuração de ato infracional. Devidamente demonstrado o cometimento de ato infracional análogo ao delito de furto qualificado contra ascendente não idoso, e à míngua de emprego de violência ou grave ameaça, impõe-se o reconhecimento, de ofício, da imunidade absoluta prevista no art. 181, II, do CP ao adolescente (TJ-SC - APL: 20120649823 SC 2012.064982-3 (Acórdão), Relator: Rodrigo Collaço, Data de Julgamento: 12/06/2013, Quarta Câmara Criminal Julgado).

Com relação a esse acórdão, é importante destacar que as escusas absolutórias não fizeram parte das razões lançadas pelo adolescente objetivando a reforma da sentença de responsabilização. Elas foram apontadas no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça e reconhecidas pela Corte Catarinense, sob o argumento de que não há interesse do Estado na aplicação da medida socioeducativa ao adolescente, pois esse não pode responder por ato que, se cometido por um adulto, não seria passível de punição, sob pena de violação aos princípios da isonomia e da legalidade. Admitiu, ainda, que o escopo da medida socioeducativa é primordialmente pedagógico e ressocializador mas, apesar disso, também é retributivo, de sorte que se mostram aplicáveis os institutos do Direito Penal quando forem mais benéficos ao adolescente.

Como se viu, a postura defendida no presente trabalho é de que a posição do adulto e do adolescente não é propriamente de igualdade. Além disso, o comando da norma do art. 35, I, da Lei n. 12.594/2012 se refere à execução propriamente dita da medida socioeducativa, e não sobre a possibilidade de sua exclusão *a priori*, como ocorre com as escusas absolutórias, razão pela qual se entende que a referência também não é a mais adequada. Igualmente, não se admite o caráter retributivo das medidas socioeducativas, pois isso as aproxima do Direito Penal e não há como se valer de seus benefícios sem que sejam abertas portas para o reconhecimento de suas mazelas.

Não obstante se entenda que poderia ter sido aplicada a normativa e a principiologia destinadas exclusivamente ao adolescente para chegar à mesma conclusão, reconhece-se que, diferentemente de alguns julgados analisados, houve uma preocupação no embasamento jurídico da decisão, com a indicação de regras e princípios.

4.3.1.3 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ATO INFRACIONAL. FURTO QUALIFICADO PRATICADO CONTRA ASCENDENTE. ESCUSA ABSOLUTÓRIA. ART. 181 DO CP. APLICAÇÃO AOS PROCEDIMENTOS À APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL. É aplicável aos procedimentos à apuração de atos infracionais as escusas absolutórias previstas no art. 181 do Código Penal, considerando que adolescente não pode receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto, consoante princípio da legalidade insculpido na Lei n.º 12.594/12. RECURSO PROVIDO (TJ-RS - AC: 70056207947, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 23/09/2013, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 24/09/2013).

O caso trata de apelação interposta contra sentença que julgou procedente representação pela prática do ato infracional descrito no artigo 155, §4º, incisos I e II, do Código Penal. O reconhecimento das escusas foi requerido pelo apelante sob o argumento de que é permitida a analogia *in bonam partem*, além do fato de possuir bom relacionamento com a ofendida, sua avó. O Tribunal acolheu o apelo reconhecendo que, embora os institutos do Direito Penal não devam ser aplicados indiscriminadamente aos procedimentos de apuração de ato infracional, haja vista o caráter

pedagógico das medidas socioeducativas, o reconhecimento das escusas se impõe por ser inconcebível que o adolescente receba tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto nas mesmas condições.

Embora entenda-se que a solução tenha sido acertada, no sentido de reconhecer as escusas, não há como deixar de apontar, com a devida vênia, que o acórdão carece de maior fundamentação. É que o reconhecimento não se deu com base na analogia e nem com vistas a evitar que fosse prejudicada a relação familiar, conforme requerido pelo apelante, limitando-se o julgado a mencionar que não pode o adulto ser responsabilizado em hipótese que o adolescente não o seria, por força do art. 35, I, da Lei n. 12.594/2012 – cuja referência não se entende de toda adequada, se viu.

Em sentido bastante semelhante, é a Apelação Cível n. 70049719818⁷⁶, razão pela qual se deixa de tecer maiores considerações.

O terceiro julgado encontrado é assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ATO INFRACIONAL. FURTO E DANO. ATOS INFRACIONAIS COMETIDOS CONTRA O PATRIMÔNIO DOS ASCENDENTES. ESCUSA ABSOLUTÓRIA APLICÁVEL AO ECA. A escusa absolutória prevista no inciso II do artigo 181 do Código Penal, exclui a intervenção do estado nos crimes contra o patrimônio praticado pelos filhos contra seus pais. Logo, se o Poder Judiciário deixa de aplicar pena aos adultos que cometem crimes contra o patrimônio de seus pais, também deve deixar de aplicar medida socioeducativa aos menores de idade. DERAM PROVIMENTO AO APELO (TJ-RS - AC: 70042655373, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Data de Julgamento: 27/10/2011, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/11/2011).

Consiste em apelação interposta por adolescente responsabilizado por ato infracional análogo ao art. 155, §4º, inciso I, do Código Penal, contra seus pais, motivo pelo qual pugnou pela aplicação da escusa absolutória prevista no artigo 181, II, do mesmo diploma. O requerimento foi acolhido pelo Tribunal, o qual reconheceu que, se não há interesse público em punir os crimes contra o patrimônio praticados no âmbito familiar, também não há interesse na aplicação de medida socioeducativa, ainda mais considerando que “cabe ao detentor do poder familiar o dever de educar e arcar com os prejuízos das condutas desvirtuadas dos filhos” (p. 04). Aqui, mostra-se válida a mesma crítica feita aos acórdãos alhures mencionados quanto à fundamentação rasa, já que não foi apontada nenhuma regra ou princípio que pudesse melhor embasar a decisão, afora a mencionada razão de política criminal.

Diferente é a situação do seguinte julgado:

ECA. ATO INFRACIONAL. DANO PRATICADO CONTRA BEM DE ASCENDENTE. ESCUSA ABSOLUTÓRIA. ART. 181 DO CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO PARA OS ATOS INFRACIONAIS. CABIMENTO. É aplicável aos atos infracionais as escusas absolutórias previstas no art. 181 do Código Penal. O tratamento dispensado aos adolescentes não pode ser mais rigoroso do que àquele conferido aos adultos (AC: 70036527331, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Data de Julgamento: 10/06/2010, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: 18/06/2010).

⁷⁶ Relator Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 23/08/2012, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 24/08/2012.

Com efeito, no recurso sob análise – e bem assim nos de n. 70021736236⁷⁷ e n. 70019761477⁷⁸, bastantes semelhantes, porquanto de relatoria do mesmo Desembargador –, entendeu-se pela aplicabilidade das escusas absolutórias sob o argumento de que o tratamento dispensado aos adolescentes não pode ser mais rigoroso do que aquele conferido aos adultos, conforme dispõe a Regra n. 54 das Diretrizes de Riad. Não obstante a fundamentação tenha se limitado praticamente a isso, acredita-se que já se trata de um diminuto progresso, tendo em vista que a natureza pedagógica das medidas socioeducativas não foi reconhecida com o fim de obstar a aplicabilidade do Estatuto e que o relator se valeu da normativa internacional para beneficiar o adolescente, sem que precisasse se socorrer do Direito Penal.

Ainda mais peculiar é esse acórdão:

APELAÇÃO. ECA. ATO INFRACIONAL. REJEIÇÃO DA REPRESENTAÇÃO. ATO INFRACIONAL PRATICADO CONTRA ASCENDENTE. ESCUSA ABSOLUTÓRIA. ART. 181 DO CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO PARA OS ATOS INFRACIONAIS. CABIMENTO. Aplicam-se aos atos infracionais as escusas absolutórias previstas no art. 181 do Código Penal. No caso, o adolescente subtraiu um aparelho celular de seu próprio pai, ficando isento da aplicação de qualquer medida socioeducativa. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO (AC: 70014408801, Relator: Rui Portanova, Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível, Julgado em: 18/05/2006, Publicado em: 30/05/2006).

É que entende-se, com a devida vênia, que a solução, embora louvável, partiu de premissa equivocada pois foi adotado como razão de decidir o parecer da Procuradoria, o qual dispôs que “não se pode negar a incidência da escusa absolutória prevista no artigo 181, inciso II, do Código Penal ao caso, da qual decorre a denominada imunidade absoluta, que embora não retire a ilicitude do ato, exclui a culpabilidade ou responsabilização do agente”. Ocorre que, como se viu no capítulo anterior, as escusas absolutórias não têm o condão de excluir a culpabilidade, mas tão somente a punibilidade do delito, sendo justamente esse o fato que gera controvérsia acerca da aplicabilidade ao ato infracional já que, em tese, o adolescente não é punível de qualquer forma.

4.3.2 Contrários à aplicabilidade das escusas absolutórias ao ato infracional

4.3.2.1 Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

ECA. MEDIDA SÓCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA E PROTETIVA DE TRATAMENTO PSICOLÓGICO. INCONFORMISMO DEFENSIVO. REFORMA DA DECISÃO. RECONHECIMENTO DA ESCUSA ABSOLUTÓRIA PREVISTA NO ARTIGO 181, II, DO CÓDIGO PENAL. RECONHECIMENTO DA IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO DIANTE DA ATIPICIDADE MATERIAL DE SUA CONDUTA (APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA). SUBSIDIARIAMENTE, REQUER A FIXAÇÃO DA MSE MENOS GRAVOSA. APELO IMPROVIDO. 1. DA NÃO

⁷⁷ Data de Julgamento: 08/11/2007, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: 14/11/2007.

⁷⁸ Data de Julgamento: 21/06/2007, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: 27/06/2007.

INCIDÊNCIA DA ESCUSA ABSOLUTÓRIA PREVISTA NO ARTIGO 181, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. PADASTRO. Pretende a Defesa técnica ver reconhecida na espécie a incidência da escusa absolutória prevista no artigo 181, inciso II, do Código Penal, a fim de afastar a punibilidade do adolescente, alegando, para tanto, que o ato infracional foi praticado em prejuízo do patrimônio do padrasto do recorrente. Com efeito, o mencionado dispositivo legal busca proteger as relações familiares mais próximas, ressaltando apenas as figuras de ascendência e descendência que nascem, como cediço, através dos vínculos biológicos ou pela adoção. Com bem asseverou o ilustre Promotor de Justiça, “verifica-se a sua inaplicabilidade ao caso, ante a limitação de seu alcance às figuras de ascendentes e descendentes, e, como cediço, a figura do padrasto não guarda relação de parentesco com seu enteado, seja de ordem legítima ou ilegítima, seja civil ou natural” [...] (TJ-RJ - APL: 00008441020128190006 RJ 0000844-10.2012.8.19.0006, Relator: DES. SIDNEY ROSA DA SILVA, Data de Julgamento: 11/03/2014, SÉTIMA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 14/04/2014).

Considerando que a fundamentação do acórdão limitou-se à ementa acima transcrita, entende-se que, assim como tantos outros, careceu de fundamentação mais aprofundada, já que a aplicabilidade das escusas absolutórias ao ato infracional foi analisada como se houvesse previsão expressa nesse sentido, não tendo sido apontados os motivos que levaram a esse entendimento e que permitiriam a aplicação caso o parentesco efetivamente fosse civil ou biológico.

4.3.2.2 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte

CRIANÇA E ADOLESCENTE. APELAÇÃO CÍVEL. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 155, II, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. MEDIDA SÓCIO EDUCATIVA DE ADVERTÊNCIA. PRETENSÃO DE EXCLUSÃO A ATIPICIDADE DA CONDUTA ANTE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, BEM COMO DE CONCESSÃO DE ESCUSA ABSOLUTÓRIA. IMPOSSIBILIDADE ANTES AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NATUREZA EDUCATIVA E NÃO PUNITIVA DA MEDIDA PERPETRADA PELO JUIZ A QUO. ADOLESCENTE INFRATOR EM PROCESSO DE FORMAÇÃO DE CARÁTER. NECESSIDADE DE TOMAR CIÊNCIA DA ILICITUDE DO SEU ATO E DAS CONSEQUÊNCIAS QUE PODERÃO LHE ADVIR SE REINCIDIR. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO APELO (TJ-RN - AC: 10958 RN 2009.010958-7, Relator: Des. Vivaldo Pinheiro, Data de Julgamento: 11/02/2010, 3ª Câmara Cível).

O julgado cuida de Apelação Cível interposta contra sentença que resultou na aplicação da medida socioeducativa pelo reconhecimento da prática de ato infracional análogo ao crime previsto no artigo 155, §4º, inciso II, do Código Penal, contra a genitora do adolescente. Em razão do laço de ascendência, requereu o adolescente a isenção prevista no artigo 181, inciso II, do mesmo diploma. Ocorre que, acompanhando o parecer da Procuradoria de Justiça, decidiu o Tribunal pela inaplicabilidade do instituto, sob o fundamento de que a razão de ser da medida socioeducativa não é simplesmente punir o adolescente pela prática de ato infracional mas, acima de tudo, intervir na condução de sua vida, fazendo-lhe compreender o caráter ilícito do ato por ele praticado. Valem aqui as mesmas críticas mencionadas quando da análise do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual se remete ao tópico respectivo.

Assemelha-se a esse o outro julgado da Corte do Rio Grande do Norte:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. APELAÇÃO CÍVEL. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO A FURTO SIMPLES (ART. 155 DO CP). APLICAÇÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. REITERAÇÃO DE CONDUTAS CENSURÁVEIS. ATO COMETIDO CONTRA ASCENDENTE. ESCUSA ABSOLUTÓRIA (ART. 181, II, CP). INAPLICABILIDADE. MEDIDA SEM CARÁTER PENAL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-RN - AC: 9839 RN 2009.009839-4, Relator: Des. Saraiva Sobrinho, Data de Julgamento: 08/01/2010, 3ª Câmara Cível).

Houve, contudo, além da menção ao caráter educativo das medidas socioeducativas – que, por si só, já obstaculizaria a aplicação das escusas absolutórias ao ato infracional – comparação da estrutura analítica do ato infracional a do delito, onde foi reconhecido que a punibilidade não integra o seu conceito, de sorte que o adolescente há de ser responsabilizado ainda que a conduta se amolde aos arts. 181 e 182 do CP, já que presentes a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade da conduta. Em razão da existência de correntes que adotam esse pensamento puramente formalista, é que se propôs a criação de um conceito de culpabilidade mitigada para os adolescentes.

4.3.2.3 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ATO INFRACIONAL. FURTO QUALIFICADO COMETIDO CONTRA O PATRIMÔNIO DE ASCENDENTE. INAPLICÁVEL A ESCUSA ABSOLUTÓRIA DO ARTIGO 181 DO CÓDIGO PENAL. Muito embora o inciso II do artigo 181 do Código Penal preveja isenção de pena para quem comete delitos patrimoniais contra ascendente, o artigo 183 do mesmo diploma legal dispõe ser inaplicável esta isenção quando a vítima contar com mais de 60 (sessenta) anos de idade, circunstância verificada no caso concreto [...] (TJ-RS - AC: 70044609436 RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Data de Julgamento: 15/03/2012, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/03/2012).

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ATO INFRACIONAL. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. AUSÊNCIA DA DEFENSORIA PÚBLICA NA AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO. AFASTAMENTO. ESCUSA ABSOLUTÓRIA. INAPLICABILIDADE, NO CASO. VÍTIMA MAIOR DE 60 ANOS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO PELA AUSÊNCIA DE PARECER DA EQUIPE INTERPROFISSIONAL. INOCORRÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADOS. CONFECCÃO DO AUTO DE CONSTATAÇÃO DE FURTO QUALIFICADO INDIRETO. CUMPRIMENTO DA DISPOSIÇÃO CONTIDA NO § 1º DO ART. 159 DO CPP. PREQUESTIONAMENTO. [...]2. Inviável, na espécie, o reconhecimento da escusa absolutória contida no art. 181, II, do CP, visto que, tratando-se de vítima maior de 60 anos (avó do representado com 72 anos de idade à época do fato), inaplicável a imunidade absoluta, ante a exceção prevista no art. 183, III, do CP. [...]PRELIMINARES REJEITADAS. APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJ-RS - AC: 70046576211 RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 22/03/2012, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/03/2012).

As apelações cíveis acima ementadas – e bem assim as de n. 70046576047⁷⁹ e n. 70046575015⁸⁰ que, por serem muito semelhantes, deixa-se de transcrever a ementa – têm em comum o fato de reconhecerem a aplicabilidade das escusas absolutórias ao ato infracional na exata medida em que a isenção de pena é conferida ao adulto. Ou seja, se verificado que a conduta se amolda à alguma das hipóteses previstas no art. 183 do Código Penal, onde o adulto não será isento de pena ante a maior reprovabilidade da conduta, também não deixará o adolescente de ser responsabilizado. Embora adequado o raciocínio, entende-se, mais uma vez, que a fundamentação jurídica foi insuficiente, exaurindo-se no texto da ementa, porquanto não mencionados quais os motivos que levariam à adoção desse instituto típico do Direito Penal no Direito da Criança e do Adolescente se a hipótese fosse a dos arts. 181 e 182, do mesmo diploma.

O mesmo se diz em relação ao seguinte julgado, cuja única diferença consiste no fato de que a aplicabilidade deixou de ser reconhecida não pelo fato de que a conduta análoga ao crime correspondia a uma das hipóteses proibitivas de isenção elencadas no art. 183 do CP, mas sim pelo fato de o parentesco por afinidade não estar expressamente incluso nas hipóteses de isenção de pena:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ATO INFRACIONAL. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE AOS PROCEDIMENTOS RELATIVOS A ATOS INFRACIONAIS. ESCUSA ABSOLUTÓRIA. INAPLICABILIDADE, NO CASO. VÍTIMA COM PARENTESCO POR AFINIDADE. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. ADEQUAÇÃO À ESPÉCIE. [...]2. Inviável, na espécie, o reconhecimento da escusa absolutória contida no art. 181, II, do CP, visto que, tratando-se de parente por afinidade (a vítima é o companheiro da avó do adolescente), inaplicável a imunidade absoluta. Precedentes desta Corte de Justiça. [...] APELAÇÃO DESPROVIDA (TJ-RS - AC: 70047777990 RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 31/05/2012, Oitava Câmara Cível).

Diferente é a situação do seguinte acórdão:

APELAÇÃO CÍVEL. APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A FURTO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONFISSÃO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE prestação de serviços à comunidade. IMUNIDADE DO ART. 181, inciso II, DO CP E PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE EM RELAÇÃO AOS ATOS INFRACIONAIS. MEDIDA DE PROTEÇÃO. [...] Comprovada a autoria e a materialidade do ato infracional imputado ao adolescente, que admitiu em Juízo tê-lo praticado com o fito de obter lucro e com este adquirir drogas, imperiosa a procedência da representação. A medida socioeducativa possui, além do caráter punitivo, a finalidade de reeducar o infrator, visando sua reabilitação social. No caso, mostra-se adequada a aplicação da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, de caráter altamente pedagógico. [...] Tratando-se de atos infracionais, e dado o fim pedagógico e ressocializador das medidas socioeducativas, não há falar em aplicação subsidiárias de princípios e institutos do Direito Penal, dentre eles a imunidade penal de que trata o art. 181, inciso II, do CP e a atenuante da confissão. Havendo notícias do envolvimento do adolescente com o uso de drogas, recomendável a cumulação de medida protetiva de tratamento contra a drogadição. Finalidade de resgate e recuperação do menor. APELAÇÃO

⁷⁹ Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 22/03/2012, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/03/2012.

⁸⁰ Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 22/03/2012, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/03/2012.

DESPROVIDA COM APLICAÇÃO, DE OFÍCIO, DE MEDIDA DE PROTEÇÃO (AC: 70031755945, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível, Data de Julgamento: 25/11/2009, Publicação: 04/12/2009).

Aqui foi reconhecido que as escusas absolutórias são incompatíveis com as medidas socioeducativas ante o caráter eminentemente pedagógico dessas, razão pela qual foi mantida a determinação de prestação de serviços à comunidade. Ocorre que, ao mesmo tempo, foi aplicada, de ofício, a medida protetiva de tratamento contra dependência química. Se aplicam ao acórdão as mesmas críticas feitas aos demais que admitiram a natureza pedagógica para afastar a incidência da imunidade, valendo ressaltar que se o escopo era efetivamente o de proteger o adolescente, deveria ter sido reconhecida como necessária a aplicação tão-somente da mencionada medida protetiva, já que essa sim poderá concorrer em favor da saúde do adolescente, ao contrário da medida socioeducativa.

Como se pode ver, o reconhecimento da natureza jurídica da medida socioeducativa como pedagógica também foi utilizada como fundamento para negar a aplicabilidade das escusas absolutórias ao adolescente no seguinte caso:

APELAÇÃO CIVEL. ECA. APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL. DANO CONTRA PATRIMÔNIO DE ASCENDENTE. ESCUSA ABSOLUTÓRIA INAPLICÁVEL. Norma do Direito Penal que não se aplica aos procedimentos regidos pelo ECA, vez que refoge ao intuito reeducador e ressocializador destinado ao jovem infrator. [...] RECURSO DESPROVIDO (AC: 70023519986, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível, Data de Julgamento: 18/06/2008, Publicação: 25/06/2008).

O mesmo ocorreu na Apelação Cível n. 70021554308, de relatoria do Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade, julgada em 01/11/2007 e publicada em 08/11/2007, razão pela qual abstém-se de comentários ulteriores.

4.3.2.4 Tribunal de Justiça de Santa Catarina

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - FURTO PRATICADO POR MENOR CONTRA ASCENDENTE - RECONHECIMENTO DA ESCUSA ABSOLUTÓRIA PREVISTA NO ART. 181, INC. II, DO CÓDIGO PENAL - REPRESENTAÇÃO NÃO RECEBIDA - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS DISPOSIÇÕES DO DIPLOMA PENAL SUBSTANTIVO, QUE SERVE, TÃO-SOMENTE, PARA ENQUADRAR O ATO INFRACIONAL PRATICADO POR ADOLESCENTE - DECISÃO CASSADA - APELO MINISTERIAL CONHECIDO E PROVIDO (TJ-SC - APR: 264221 SC 2003.026422-1, Relator: Irineu João da Silva, Data de Julgamento: 18/02/2004, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação criminal n. 03.026422-1, de Criciúma).

In casu, a apelação foi movida por dois adolescentes que foram responsabilizados pela prática de furto simples contra sua genitora, os quais pugnaram pelo reconhecimento analógico da isenção prevista pelo art. 181, II, do CP. O apelo, contudo, foi negado, sob a justificativa de que as medidas socioeducativas não possuem caráter punitivo, mas sim "caráter educativo, procurando levar em conta as necessidades pedagógicas do adolescente, preferindo as que possibilitem o fortalecimento

dos vínculos familiares e comunitários". Ademais, o art. 104 do ECA permite a analogia com o Direito Penal tão somente para enquadrar o ato infracional numa figura típica, não sendo autorizada a aplicação de outros institutos típicos desse ramo do direito no procedimento de apuração do ato infracional, ainda que teoricamente venham a beneficiar o adolescente.

Quanto à admissão do caráter pedagógico já foram tecidas, por diversas vezes, as devidas considerações. Vale acrescentar, porém, que se mostra de certa forma incongruente não reconhecer a aplicabilidade das escusas ao ato infracional, ao mesmo tempo em que afirma que devem ser preferidas as medidas socioeducativas que "possibilitem o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários". Isso porque o motivo que levou a posituação daquelas causas de isenção de pena foi justamente a preservação familiar, havendo renúncia do Estado ao *ius puniendi* por reconhecer que a cizânia gerada pelo processo no âmbito familiar seria mais gravosa, o que também ocorre nos procedimentos de apuração de ato infracional, talvez até em maior medida, tendo em vista que a vítima geralmente é a responsável legal pelo adolescente.

Com relação ao raciocínio de que o Direito Penal somente é aplicável por analogia quando da análise da estrutura do ato infracional, entende-se que a analogia com esse ramo do direito efetivamente não é recomendável, sob pena de tornar a responsabilização estatutária e a pena criminal substancialmente iguais. Ocorre que, consoante largamente exposto, a normativa e a principiologia internacional, constitucional e estatutária permitem o reconhecimento de alguns institutos quando forem mais benéficos ao adolescente, como é o caso das escusas absolutórias, mas por parâmetros próprios do Direito da Criança e do Adolescente.

4.3.3 Tendências perceptíveis

Em primeiro lugar, nota-se que a expressão "escusas absolutórias" continua a ser a adotada pela grande maioria dos juristas, já que, embora tenham sido pesquisados diversos outros termos, esse foi o único que obteve algum retorno.

Em segundo lugar, o reduzidíssimo número de resultados encontrado, no total de vinte e um para todo o país, demonstra que o tema ainda é pouco abordado pela jurisprudência brasileira, tendo apenas quatro Tribunais de Justiça Estaduais se manifestado sobre o assunto, quais sejam, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul e Santa Catarina. Com relação aos Tribunais Superiores, houve, no ano passado, manifestação do Superior Tribunal de Justiça, contudo, a Suprema Corte ainda não foi instada a se posicionar.

Como adiantado no tópico precedente, dos poucos julgados que versam sobre a temática, pôde-se observar a existência de duas correntes principais.

Uma, diante da omissão estatutária e com base na premissa de que as medidas socioeducativas possuem caráter pedagógico, nega o reconhecimento das escusas absolutórias ao adolescente, sob o fundamento de que a medida socioeducativa nesse caso é necessária para educa-lo

sobre a transgressão cometida, sendo mesmo necessária à sua proteção e/ou desenvolvimento. A outra, entende pela aplicabilidade das escusas absolutórias ao ato infracional sob o argumento de que a sua negação consistiria em afronta ao princípio constitucional da isonomia pois, não obstante o fato de o adolescente estar numa situação igual a do adulto, estaria sendo tratado de forma mais gravosa.

As razões pelas quais entende-se que ambos os posicionamentos são inadequados em maior ou menor medida já foram expostas por diversas vezes, motivo pelo qual se deixa de tecer maiores comentários, limitando-se a apontar a corrente que tem prevalecido.

Em linhas gerais, seis julgados se pautaram – cada qual a seu modo – no mesmo sentido da primeira corrente mencionada, qual seja, pela inaplicabilidade das escusas absolutórias ao ato infracional. Em tese prevalece, portanto, o entendimento daquela segunda corrente, já que nove julgados – dentre os quais o do Superior Tribunal de Justiça – entenderam pela aplicabilidade do instituto. Tal conclusão encontra reforço na medida em que se verificou que esses acórdãos foram os prolatados mais recentemente.

Com relação aos seis julgados restantes, não há como aferir com precisão o posicionamento pela aplicabilidade, ou não, tendo em vista que se limitaram a negar a aplicabilidade sob o fundamento de que o ato infracional em concreto, ou não se enquadrava nos arts. 181 e 182 do Código Penal, ou incidia em alguma das proibições do art. 183 do Código Penal, não mencionando se, ausentes esses empecilhos, seria o instituto aplicável.

Ocorre que diante do reduzido número de julgados, do ainda mais reduzido número de Tribunais que se posicionaram a respeito do tema – sendo quinze, dos vinte e um acórdãos pesquisados, oriundos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul –, e da grande maioria deles carecer de um embasamento jurídico mais aprofundado, acredita-se que não se pode falar que o reconhecimento da aplicabilidade das escusas absolutórias ao ato infracional é uma tendência jurisprudencial nacional, sob pena de ignorar o possível posicionamento contrário de outras vinte e três unidades da Federação e, eventualmente, mesmo do Supremo Tribunal Federal.

Soma-se a isso o fato de que a cifra pode estar encoberta pelos casos onde o adolescente foi beneficiado com a remissão e, bem assim, pelos casos em que não há recurso da decisão de primeiro grau, ocorrendo ambos, certamente, em larga escala.

Por todo o exposto até então, acredita-se que a falta de atenção jurisprudencial e, principalmente, doutrinária a respeito do tema estudado, deve-se ao fato de o paradigma da Proteção Integral da criança e do adolescente, embora vigente, ainda não ter sido propriamente assimilado pelos operadores jurídicos. Esses, por muitas vezes, embora sob o pretexto de beneficiar o adolescente, adotam posturas que, em última análise, dispensam trato mais severo a ele do que seria conferido a um adulto, desconsiderando, assim, sua condição peculiar de desenvolvimento, a qual deverá ser analisada sempre sob a ótica da discriminação positiva, e não negativa, como vem sendo.

Diante da atual conjuntura da principiologia e da normativa internacional, constitucional e infraconstitucional, já delineada, tem-se que, a despeito da omissão estatutária, não há como se negar

que os adolescentes efetivamente fazem *jus* à isenção de medida socioeducativa quando sua conduta se amoldar a alguma das hipóteses de escusas absolutórias previstas pelos arts. 181 e 182 do Código Penal.

Não há, contudo, necessidade de que se construa um “Direito Infracional” análogo ao Direito Penal, já que ambos possuem décadas de defasagem entre si, bastando para tanto uma interpretação conforme a Constituição. Com efeito, exige-se “do Poder Judiciário, assim como das demais instituições, a necessária renovação constitucional, sob pena de se repetir o modelo adulto que, nem de longe, satisfaz os anseios de proteção da dignidade da pessoa humana” (NICKNICH, 2010, p. 135).

Assim, diante da verificação, ainda que de forma bastante tímida, do pioneirismo do Poder Judiciário no trato do tema – por vezes com fulcro no entendimento do Ministério Público –, pertinente é o encerramento do trabalho com a conclusão de Mônica Nicknich:

O Poder Judiciário exerce papel central na garantia e implementação de condições que assegurem às crianças e aos adolescentes seus direitos fundamentais como pessoas em desenvolvimento, bem como a mudança de realidade de violações que historicamente (e dia-a-dia) salta aos nossos olhos. O que a sociedade, e a infância em especial, esperam é um Judiciário que não lhes esqueça e que lhes dê a importância que a Constituição lhes outorgou. Para tanto, os primeiros passos talvez sejam a sensibilidade que toda a criança e o adolescente merecem o mais absoluto respeito à dignidade da pessoa humana (2010, p. 179).

5 CONCLUSÃO

Verificou-se neste trabalho que a evolução histórica do tratamento jurídico dispensado à criança e ao adolescente no Brasil pode ser dividida em quatro fases. Na primeira, anterior à “descoberta” do Brasil, não existiam normas destinadas especificamente àquelas pessoas. No período compreendido entre as Ordenações Afonsinas e o Código Penal de 1890 houve a mera imputação criminal, pois a legislação diferenciava a população infanto-juvenil da adulta para efeitos quase que exclusivamente penais. Na fase tutelar, que abrange desde o Códigos de Menores de 1927 até o de 1979, a legislação oscilou entre assegurar direitos e “se defender” dos “menores”, havendo a crença de que competia ao Estado protegê-los, ainda que, para tanto, tivesse de suprimir algumas de suas garantias.

Por fim, a última e vigente fase, da proteção integral, foi inaugurada com a Constituição Federal de 1988 e tem como principal característica a positivação de direitos e garantias à população infanto-juvenil, dentre os quais se inclui a responsabilização de forma diferenciada da adulta, haja vista a situação peculiar de desenvolvimento desses seres e a previsão constitucional de sua inimputabilidade.

Foi visto, também, que as medidas protetivas visam o desenvolvimento físico e mental e são direcionadas às crianças e aos adolescentes sempre que seus direitos forem ameaçados ou violados, competindo sua aplicação ao Conselho Tutelar e ao magistrado, através de procedimento pouco burocrático. As medidas socioeducativas, de outra banda, podem ser aplicadas apenas pelo juiz, através do procedimento formal delineado em lei e são destinadas, exclusivamente, ao adolescente autor de ato infracional. Como se viu, esse é definido pelo art. 104 do Estatuto como a conduta análoga ao crime ou contravenção penal, razão pela qual a estrutura de ambos é bastante semelhante.

Assim sendo, constatou-se que atualmente prevalece a teoria finalista do delito que estrutura o crime como fato típico, antijurídico e culpável. Típico, no sentido formal, significa que o fato está descrito na lei como infração penal, enquanto no sentido material pressupõe que haja efetiva lesão ou perigo dessa a um bem jurídico. A antijuridicidade, por sua vez, quer dizer que o fato é ilícito, ou seja, que não está acobertado por uma das causas excludentes de ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal. Por fim, a culpabilidade corresponde ao juízo de reprovação do agente, ou seja, no nexo causal existente entre sujeito e conduta necessário à incidência da pena. A punibilidade é vista pelos finalistas como mera consequência do delito, sem que integre sua estrutura.

Ademais, verificou-se que a única diferença da estrutura do ato infracional, em relação a do delito é que o elemento normativo da imputabilidade, que compõe a categoria da culpabilidade, é excluído. Da mesma forma, foi constatado que as escusas absolutórias previstas nos arts. 181 e 182 do Código Penal não excluem nenhum dos elementos integrantes do conceito de crime, limitando-se,

como regra geral, a isentar o agente de pena. Diante desse fato, aliado à constatação de que ao adolescente nunca é imposta pena, mas tão-somente medida socioeducativa, surge dúvida acerca da possibilidade de aplicação das escusas absolutórias ao ato infracional.

O presente trabalho, portanto, preocupou-se em sana-la, indicando que a natureza jurídica das medidas socioeducativas costuma ser o ponto chave para admitir, ou não, a aplicação de institutos típicos do Direito Penal, como são as escusas absolutórias, ao Direito da Criança e do Adolescente.

Foi averiguado que a referida natureza não se encontra delineada no texto legal, o que deu azo a três posicionamentos majoritários.

O primeiro, repete a postura típica dos Códigos de Menores, considerando que a medida socioeducativa consiste num instrumento de proteção do adolescente, de sorte que, muito dificilmente, poder-se-á deixar de aplicá-la.

O segundo entendimento propõe a construção de um Direito Penal Juvenil por entender que as medidas socioeducativas, não obstante possuam finalidade eminentemente pedagógica, ostentam traços característicos também da pena criminal. É que elas são impostas sempre de forma coercitiva pelo Estado, além de acarretarem, em maior ou menor medida, em restrição de direitos, razão pela qual devem ser aplicados os institutos do Direito Penal e Processual Penal sempre que implicarem no benefício do adolescente.

O último posicionamento doutrinário nega tanto o caráter protetivo, como o retributivo das medidas socioeducativas, analisando-a sob aspectos de natureza extrapenal. Por consistir em medida judicial *strictu sensu*, e não espécie de pena, mostra-se inviável a aproximação da responsabilização estatutária com o Direito Penal, sob pena de se emprestar caráter meramente retributivo ao instituto. Nessa ótica, a principiologia e a normativa internacional, constitucional e infraconstitucional são suficientes para assegurar direitos e garantias ao adolescente.

Defendeu-se neste trabalho que o último posicionamento é o mais adequado, por estar em melhor sintonia com o vigente paradigma da Proteção Integral e com o reconhecimento da condição peculiar de desenvolvimento do adolescente. Argumentou-se que a evolução histórica ilustrada demonstrou que a proteção da população infanto-juvenil cresceu justamente na medida em que seu trato foi sendo apartado da seara criminal. Ponderou-se que, embora o segundo posicionamento também vise, pelo menos em tese, o benefício do adolescente, dá margem à redução implícita da maioridade penal pois, ao mesmo tempo em que seriam reconhecidos os direitos e garantias próprios do Direito Penal, poder-se-ia argumentar que também devem ser reconhecidos os seus ônus, tornando, ao final das contas, a responsabilidade estatutária substancialmente igual à responsabilidade penal.

Diante desse panorama, propôs-se a construção de um conceito de culpabilidade mitigada para os adolescentes, com a flexibilização dos conceitos de potencial consciência da ilicitude e da inexigibilidade de conduta diversa, por reconhecer que o adolescente se encontra em situação peculiar, onde as transgressões, inclusive a infracional, não são de todo inesperadas. Em suma, defendeu-se que a reprovabilidade da conduta do adolescente é comparativamente menor do que a de um adulto, pois

presume-se que o último já está intelectualmente formado e adaptado à vida em sociedade, ao contrário do primeiro.

Nessa senda, não seria possível utilizar-se de um conceito de “adulto médio” para aferir acerca da exigibilidade de conduta diversa por parte do adolescente no caso concreto, reconhecendo-se, ademais, que ele possui maior dificuldade em alcançar a ilicitude de algumas figuras típicas específicas, mais complexas.

Utilizou-se desse raciocínio quando da análise da possibilidade da aplicação das escusas absolutórias ao principal, chegando-se à conclusão de que não se pode dizer que a prática, sem grave ameaça ou violência, de condutas que lesam ou expõe a perigo de lesão bens patrimoniais pertencentes a pessoas com as quais o adolescente mantém ou mantinha vínculos afetivos e/ou familiares e que normalmente são, inclusive, responsáveis por ele, é mais reprovável que a de um adulto.

Assim, com a transposição da análise da punibilidade para a culpabilidade – mitigada –, boa parte das situações abrangidas pelas escusas absolutórias também seria insuscetível de responsabilização.

Reconheceu-se, todavia, que o reconhecimento da culpabilidade mitigada ainda recebe pouca atenção, tanto da doutrina como da jurisprudência, razão pela qual expôs-se outros caminhos – apartados do Direito Penal – que também possibilitam esse reconhecimento.

Foram apontados, para tanto, a normativa internacional – consubstanciada na Regra n. 54 das Diretrizes de Riad –, os princípios constitucionais e estatutários da prioridade absoluta, do melhor interesse do adolescente e da preservação dos vínculos familiares e, bem assim, a interpretação de acordo com os parâmetros do direito infracional mínimo, ou garantista.

Constatou-se, contudo, que praticamente inexistente posicionamento doutrinário a respeito do tema, bem como que a jurisprudência pátria não costuma se pautar pelo posicionamento até então defendido, seguindo duas grandes linhas.

A primeira, diante da omissão do Estatuto e da premissa de que as medidas socioeducativas possuem caráter pedagógico, tem negado o reconhecimento das escusas absolutórias ao adolescente, sob o fundamento de que a medida socioeducativa é necessária para educa-lo sobre a transgressão cometida, sendo mesmo necessária ao seu desenvolvimento.

A segunda, em sentido oposto, defende a aplicabilidade das escusas absolutórias ao ato infracional, sob o argumento de que a sua negação consistiria em afronta ao princípio constitucional da isonomia pois o adolescente, não obstante o fato de estar numa situação igual a de um adulto, estaria recebendo uma forma de resposta estatal, enquanto o segundo não.

Ponderou-se que a primeira corrente ignora que não há consenso sobre qual a natureza jurídica das medidas socioeducativas e se pauta por lógica inversa a que os doutrinadores que reconhecem a função pedagógica normalmente aderem, já que esses não negam a aplicação de institutos do Direito Penal quando visam à exclusão da medida socioeducativa, em razão de reconhecerem que ela é dotada também de carga retributiva. Ademais, se o objetivo é a proteção dos

adolescentes, não são as medidas socioeducativas os instrumentos adequados para tanto, mas sim as medidas protetivas,

Com relação à segunda corrente, ponderou-se que, o adolescente e o adulto não estão em situação de igualdade propriamente dita, tendo em vista a condição peculiar de desenvolvimento do último. Assim, mais adequado seria o embasamento com fulcro em normas e princípios destinados especificamente ao adolescente pois, do contrário, haveria risco de que a analogia com o Direito Penal e Processual Penal, acabasse por tornar o sistema de responsabilização substancialmente igual ao de penalização.

Verificou-se, ademais, que apesar de haver mais julgados na linha do segundo posicionamento, não se pode falar que o reconhecimento da aplicabilidade das escusas absolutórias ao ato infracional é uma tendência jurisprudencial nacional, ante o reduzido número de julgados encontrados sobre o tema (vinte e um), bem como do ainda mais reduzido número de Tribunais que se posicionaram a respeito do tema (cinco), sob pena de ignorar o possível posicionamento contrário de outras vinte e três unidades da Federação e, eventualmente, mesmo do Supremo Tribunal Federal.

Argumentou-se que reforça essa conclusão o fato de a cifra, possivelmente, estar encoberta pelos casos onde o adolescente foi beneficiado com a remissão e, bem assim, pelos casos em que não há recurso da decisão de primeiro grau, ocorrendo ambos em larga escala.

Assim sendo, defendeu-se neste trabalho que as escusas absolutórias previstas no Código Penal também devem ser aplicadas ao ato infracional para isentar o adolescente do cumprimento de medida socioeducativa. Argumentou-se que a conclusão deriva da vigente normativa internacional, constitucional e infraconstitucional que reconhece a condição peculiar de desenvolvimento do adolescente e impede o seu tratamento de forma mais gravosa que a de um adulto, sem contar a atual realidade das instituições destinadas ao atendimento dessa população que acaba por transformar as medidas socioeducativas em verdadeiras penas.

É necessário esclarecer, no entanto, que grande foi a dificuldade em adentrar essa questão, uma vez que não foi encontrada bibliografia específica sobre o tema estudado neste trabalho, bem como pelo reduzido número de julgados que tratam sobre a temática, os quais, ademais, carecem, no mais das vezes, de embasamento jurídico mais aprofundado.

Entende-se, no entanto, que já é hora de análises mais profundas acerca da responsabilização dos adolescentes, sendo necessário que os operadores jurídicos atuem sempre sob uma perspectiva constitucional e garantista, sob pena de se repetir o modelo adulto que, nem de longe, satisfaz os anseios de proteção da dignidade da pessoa em desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

AMARAL E SILVA. **A criança e o adolescente em conflito com a lei**. Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, v. 4, n. 5, p. 215-262, 1998.

_____. **Interpretação do estatuto da criança e do adolescente e do ato infracional**: uma análise crítica. Jurisprudência Catarinense, v. 31, n. 107, p. 15-23, 2005.

_____. **O mito da inimputabilidade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, v. 4, n. 5, p. 263-273, 1998.

AMIN, Andréa Rodrigues. **Evolução histórica do direito da criança e do adolescente**. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Loba Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ASSUMPÇÃO, André Del Grossi. Ato infracional como infração penal *sui generis* e seu autor como categoria jurídica específica. Revista dos Tribunais, v. 870, n. 97, p. 505-520, 2008.

BARBOSA, Danielle Rinaldi; SOUZA de, Thiago Santos. **Direitos da criança e do adolescente**: proteção, punição e garantismo. Curitiba: Juruá, 2013.

BELING, Ernest von. **La Doctrina del Delito-Tipo**. In Fernando Galvão e Rogério Greco, Estrutura Jurídica do Crime. Belo Horizonte: Mandamentos. 1999.

BELOFF, Mary. **Modelo de la Protección integral de los derechos Del niño y de la situación irregular**: um modelo para armar y outro para desarmar. In Justicia y Derechos Del Niño. Santiago de Chile: UNICEF, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, 1 : parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo : Saraiva, 2012.

_____. _____, 3 : parte especial : dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2012a.

_____. _____, 5 : parte especial dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2012b.

_____. CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. PRADO, Luiz Regis. **Código Penal anotado e legislação complementar**. 2. Ed. São Paulo: RT, 1999.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral - tomo I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRUÑOL, Miguel Cillero. **“Nulla poena sine culpa”**: un límite necesario al castigo penal de los adolescentes. In MÉNDEZ, Emilio García. Adolescentes y Responsabilidad Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001, p. 73-85.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Direito Penal** : parte especial : arts. 121 a 212. Coleção Saberes do Direito. Volume 6. São Paulo: Saraiva, 2012.

CABRERA, Carlos Cabral; WAGNER, Luiz Guilherme da Costa Jr.; FREITAS, Roberto Mendes de Freitas Jr. **Direitos da criança, do adolescente e do idoso**: doutrina e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

CARDOZO, Antônio Carlos Bittencourt. **Conselho tutelar como instrumento de participação da população e de efetivação da política social de atendimento da criança e do adolescente** Jurídicas e Sociais. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. 97 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito). Faculdade de Ciências Disponível em <<http://hdl.handle.net/10183/36493>>. Acesso em 14 de fevereiro de 2014.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raul. **Derecho penal mexicano**: parte general, t. 1. 9. ed. México: Porrúa, 1970.

CUNHA, Rogério Sanches. **Direito penal**: parte especial. Coleção Ciências Criminais, vol. 3 (Coord.: Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha). 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; Rogério Sanches; LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

D'ANDREA, Giuliano. **Noções de direito da criança e do adolescente**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1986.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DUTRA, Ian Andrezzo. **A evolução da reabilitação criminal no Brasil**. 2008. 121 fl. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito). Faculdade de Direito. Universidade do Vale do Itajaí, Biguaçu, 2008. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Ian%20Andrezzo%20Dutra.pdf>>. Acesso em 02 de janeiro de 2014.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **Escusas absolutórias no direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FRANCO, Luís Gustavo. **A privação de liberdade e o adolescente autor de ato infracional: o controle de uma lei em conflito**. 2004. 181 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004. Disponível em: <<http://www.tede.ufsc.br/teses/PDPC0679.pdf>>. Acesso em 04 de março de 2014.

GARCIA, Daniel Melo. **Desenvolvimento histórico da responsabilização criminal do menor infrator**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10594&revista_caderno=12>. Acesso em 02 de fevereiro de 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal** : parte geral : introdução. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2004.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte especial. São Paulo:

Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. I, t. I e II, 2, 5, 6, 7. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Barcelona: Nosch, 1981, v. 1.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Código Penal anotado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LIBERATI, Wilson Donizete. **Processo Penal**: a garantia da legalidade na execução da medida socioeducativa. São Paulo: Malheiros, 2006.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Traduzido por: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Editora F. Briguet & C. 1899.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional da criança e adolescentes e direitos humanos**. Barueri-SP: Manole, 2003.

MAIOR NETO, Olympio de Sá Sotto. **Garantias penais do adolescente autor de ato infracional**. ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (org.). *In: Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 123-150. Disponível em:

<<http://www.tjsc.jus.br/infjuv/documentos/midia/publicacoes/cartilhas/criancaeadolescente/Justi%C3%A7a,%20Adolescente%20e%20Ato%20Infracional.%20Socioeduca%C3%A7%C3%A3o%20e%20Responsabiliza%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 20 de maio de 2014.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**: parte especial, v. 4 Campinas: Millenium, 1999.

MASI, Carlo Velho. **As modernas teorias do delito e suas receptividades no Direito Penal brasileiro**: desafios da dogmática acerca dos rumos da Ciência Penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3418, 9 nov. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22983>>. Acesso em: 16 jun. 2014.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**: parte geral. São Paulo: Método, 2008.

MELO. Floro de Araújo. **A História da História do Menor no Brasil**. Editoração particular, 1986).

MÉNDEZ, Emilío Garcia. **Adolescentes y responsabilidad penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. _____ . **Adolescentes e Responsabilidade penal**: um debate latino-americano. Porto Alegre: AJURIS, ESMP-RS, FESDEP-RS, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini; **Manual de direito penal**: parte especial, vol. 3. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**, volume 1 : parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 26 ed. rev. e atual. até 5 de janeiro de 2010. São Paulo: Atlas, 2010.

NETO, João Corrêa de Azevedo. **A redução da imputabilidade penal no direito brasileiro**. 2012. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Goiás, 2012. Disponível em: <http://tede.biblioteca.ucg.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1185>. Acesso em 04 de março de 2014.

NETO, Gercino Gerson Gomes. **A inimizabilidade penal como cláusula pétrea**. In: LEAL, César Barros; JÚNIOR, Heitor Piedade (org.). Idade da responsabilidade penal: A falácia das propostas reducionistas. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NICKNICH, Mônica. **Ato Infracional e Poder Judiciário**: uma análise à luz do princípio da dignidade humana. 1. ed. Blumenau: NovaLetra, 2010.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**, v. 1. 38. ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. De Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Manual de direito penal**, v. 2. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal** : parte geral : parte especial. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PACHI, Carlos Eduardo. **A prática de infrações penais por menores de dezoito anos**. Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, v. 4, n. 5, p. 177-189, 1998.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Ato infracional e Natureza do Sistema de Responsabilização**. In: Justiça, Adolescente e Ato Infracional: Educação e Responsabilização. São Paulo: Ilanud, 2006, p. 25-48. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br/infjuv/documentos/midia/publicacoes/cartilhas/criancaeadolescente/Justi%C3%A7a,%20Adolescente%20e%20Ato%20Infracional.%20Socioeduca%C3%A7%C3%A3o%20e%20Responsabiliza%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 20 de maio de 2014.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública**, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIRES, Ariosvaldo de Campos. **Compêndio de direito penal**: parte especial. Rio de Janeiro: Forns, 1990.

PORTUGAL. Ordem dos Advogados. Comissão dos Direitos Humanos. **Direitos humanos** : cidadania e igualdade. Estoril: Princípia, 2006.

_____. **Ordenações Afonsinas**. In Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. 5 v. Reprodução fac-símile da edição da Real Imprensa da Universidade de Coimbra, de 1792. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books/reader?id=bQxXAAAAIAAJ&hl=pt-BR&printsec=frontcover&output=reader&pg=GBS.PP12>>. Acesso em 21 abr. 2014.

_____. **Ordenações Filipinas**. In Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998, 1-5 v. Reprodução fac-símile da edição de Cândido Mendes de Almeida, de 1870. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm?>> Acesso em 21 abr. 2014.

_____. **Ordenações Manuelinas**. In Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998, 1-5 v. Reprodução fac-símile da edição de Cândido Mendes de Almeida, de 1870. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas>> Acesso em 21 abr. 2014.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 1 : parte geral : arts. 1º a 120. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. _____, volume 2 : parte especial : arts. 121 a 249. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. _____, volume 3 : parte especial : arts. 250 a 359-H. 6. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Aplicando o ECA: felicidade e perversão sem limites**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 14, n. 58, p. 15-28, 2006.

_____. Ana Christina Brito; **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general, t. I. Tradução da 2. ed. alemã por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 2007.

_____. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

RUAS, Sandoval Fagundes. **Os direitos fundamentais e sua relação com o adolescente autor de ato infracional no sistema de execução de medida sócio-educativa**. 2001. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001. Disponível em: <<http://tede.ufsc.br/teses/PDPC0469-D.pdf>>. Acesso em 13 de março de 2014.

SABINO JÚNIOR. Vicente. **Direito penal**: parte especial, v. 3. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967.

SALES, Sheila Jorge Selim de. **Do sujeito ativo na parte especial do Código Penal**. Belo Horizonte, Del Rey, 1993.

SANTA CATARINA. Ministério Público. Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude. **Manual do promotor de justiça da infância e juventude**. Florianópolis: MPSC, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **O adolescente infrator e os direitos humanos**. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de Andrade. Verso e Reverso do Controle Penal - (Des)Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2002, p. 122-127.

_____. **Direito Penal : parte geral**. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris: 2008.

SANZO BRODT. Luís Augusto. **Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**: adolescente e ato infracional. 3. ed., rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

_____. **Adolescente em conflito com a lei**: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

_____. **Adolescente e o ato infracional**: garantias processuais e medidas socioeducativas. . 2. ed. Porto Alegre: Advogado, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Clóvis Ribeiro da. **Atos Infracionais Violentos: causas e efeitos**. 2004. 91 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito). Faculdade de Direito. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Presidente Prudente, 2004. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/257/250>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2014.

SILVA, Enid Rocha Andrade da (coord.). **O Direito à Convivência Familiar e Comunitária: os Abrigos para Crianças e Adolescentes no Brasil**. Brasília: IPEA/Conanda, 2004. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/ipea/direito_a_conviv_familiar_ipea_2004.pdf>.

SILVA, Marcelo Gomes. **Análise crítica da menoridade penal: da exclusão econômico criminológica à proteção integral**. 2010. 107 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010. Disponível em: <<http://www.tede.ufsc.br/teses/PDPC0979-T.pdf>>. Acesso em 18 de janeiro de 2014.

_____. **Ato infracional e garantias: uma crítica ao direito penal juvenil**. 1. ed. Florianópolis: Editora Conceito, 2008.

SIQUEIRA, Liborni. **Sociologia do direito do menor**. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural Edições Ltda, 1979.

SOARES, Janine Borges. **A construção da responsabilidade penal do adolescente no Brasil: uma breve reflexão histórica**. Rio Grande do Sul, 2003. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id186.htm>>. Acesso em: 09 fev. 2014.

SPOSATO, Karyna Batista. **Gato por lebre: a ideologia correcional no estatuto da criança e do adolescente**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 14, n. 58, p. 133-151, 2006.

_____. **Princípios e garantias para um direito penal juvenil mínimo**. . ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (org.). *In: Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 247-276. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br/infjuv/documentos/midia/publicacoes/cartilhas/criancaeadolescente/Justi%C3%A7a,%20Adolescente%20e%20Ato%20Infracional.%20Socioeduca%C3%A7%C3%A3o%20e%20Responsabiliza%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 20 de maio de 2014.

SUMARIVA, Paulo. **Direito Penal : parte especial : arts. 312 a 359-H**. Coleção Saberes do Direito. Volume 3. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

VEZULLA, Juan Carlos. **A mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional**. 2004. 137 f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004. Disponível em: <<http://www.tede.ufsc.br/teses/PGSS0016.pdf>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2014.

VILHENA JUNIOR, Ernani de Menezes. **A remissão no Novo Estatuto**. Justitia. São Paulo, 154, abr./jun, 1991, p. 60-61.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 11ª. Edição. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

WESSELS, Johannes. **Derecho penal**: parte general. trad. por Juarez Tavares, Porto Alegre: Antônio Fabris Editor, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. Teoria do delito. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

_____; Eugenio Raul. **Manual de derecho penal**: parte general. T. II., 5ª edición, Ed. Ediciones Jurídicas, Lima, 1986